تشجير كتاب

((الممتع في القواعد الفقهيَّة))

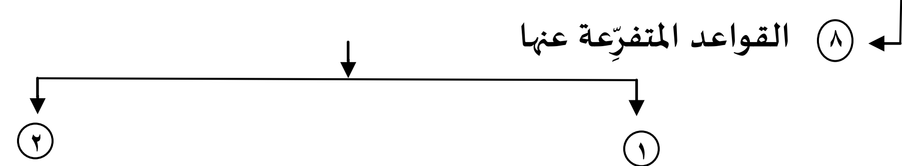
أعدَّه: د. مالك حسين شعبان

المستوى الثالث

القاعدة الكبرى الرَّابعة

لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَار

- ① مكانة هذه القاعدة وأهميتها
- ② صياغة هذه القاعدة
- ③ معنى القاعدة
- ④ مجال إعمال القاعدة
- ⑤ تقييد القاعدة من إطلاقها
- ⑥ الأدلَّة على القاعدة
- ⑦ علاقة هذه القاعدة بقاعدة: (المشقَّة الجالبة للتَّيسير)
- ⑧ القواعد المتفرِّعة عنها



① القواعد الخاصَّة بإزالة الضَّرر في حال انفراده

- ① الضَّرر يُزال.
- ② الضَّرر يُدفع بقدر الإمكان.
- ③ القديم يُترَك على قِدَمِه.
- ④ الضَّرر لا يكون قديمًا.

② القواعد الخاصَّة بإزالة الضَّرر في حال التَّعارض

- ① الضَّرر لا يُزال بمثله.
- ② الضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخف.
- ③ إذا تعارض مفسدتان رُوعيَ أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفِّهما.
- ④ يُختار أهون الشَّرَّين.
- ⑤ يُتحمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عام.
- ⑥ درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

القاعدة الكبرى الرَّابعة

لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ

المراد بالنَّفي في نصِّ (الحديث والقاعدة) ليس لنفي الوقوع؛ لأنَّ الضَّرر والضِّرار يقعان كثيرًا في الواقع؛ فهو بمعنى النَّهي، والنَّفي هنا نفي الجواز، فيثبت حينئذٍ التَّحريم شرعًا.

١ مكانة هذه القاعدة وأهميتها

أ أنَّ هذه القاعدة من القواعد الفقهيَّة ذات الأثر الواسع في أحكام الفقه، فقد ذكر بعض العلماء أنَّ نصف الفقه يندرج تحت هذه القاعدة؛ ووجه هذا: أنَّ أحكام الشَّرع لا تخلو:

١) إمَّا أن تكون لجلب المنافع.

٢) وإمَّا أن تكون لدفع المضار.

وهذه القاعدة التي معنا تُقرِّر جانب دفع المضارّ أو تخفيفها، وذلك نصف أحكام الفقه.

ب أنَّ لهذه القاعدة صلةٌ بعلم أصول الفقه؛ وذلك باعتبارها من أدلَّة الفقه، أو أنَّها تشبه أدلَّة الفقه؛ من حيث إنَّها يُقضى بها في جزئياتها كأنَّها دليل على ذلك الجزئي، ومن حيث صلتها بالاستدلال في جانب المصالح، التي تُبحَث ضمن أدلَّة التَّشريع المختلَف فيها؛ حيث إنَّ قاعدة رعاية المصالح، قد بُنيَت على مضمون هذه القاعدة.

٢ صياغة هذه القاعدة

هذه القاعدة ارتبطت في مبدأ تطبيقها، بنصٍّ نبويٍّ، يُذكَر بصيغته عند تعليل أحكام فروع هذه القاعدة؛ وهو قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» أخرجه ابن ماجه، ممَّا يُشير إلى ارتباطها المبكِّر بواقع أحكام الشَّرع؛ إلا أنَّها لم تُذكَر بهذه الصِّيغة، باعتبارها قاعدةً فقهيَّة إلا في وقت مُتأخِّر، بالنَّظر إلى واقع التَّأليف في القواعد الفقهيَّة؛ فأوَّل ورودها بهذا اللفظ، وبهذا الاعتبار كان في (مجلَّة الأحكام العدليَّة) ممثَّلة في المادة التَّاسعة عشرة من مواد المجلَّة، ثمَّ في شروحها بعد ذلك.

وقد وردت قبل ذلك بلفظ: (الضَّرر يُزال)، أو نحوه؛ وهو اللفظ الذي عبَّر به عن القاعدة أكثر علماء القواعد الفقهيَّة. ويُعَدُّ (العلائيّ) أوَّل من صرَّح بذكر هذه القاعدة، باعتبارها قاعدة فقهيَّة، بلفظ: (الضَّرر المُزَال)، وهذا اللفظ محلُّ نظر، من جهة أنَّ كلمة (المُزَال) قد ذُكِرَت معرَّفةً؛ وتعريفها يجعلها وصفًا للضَّرر، لا حُكْمًا باتًّا، ومن شروط المحمول (أو المحكوم به على الموضوع، أو الحكم) في القاعدة: أن يكون حكمًا باتًّا، غير مُتَرَدِّدٍ فيه. وهذا بخلاف ذِكْرِ هذه الكلمة مُنكَّرةً، بلفظ (مُزَال) كما ذكرها (الحصني)، أو بلفظ (يُزَال) كما ذكرها (ابن السُّبكي)، ثمَّ (السُّيوطيّ) ومن جاء بعده؛ فإنَّ هذه الألفاظ من قبيل الأخبار، التي هي بمعنى الأمر، فتُفيد طلب إزالة الضَّرر، وتكون مُفيدة للمعنى حينئذٍ.

ويُكتَفَى بنصِّ الحديث في صياغة القاعدة؛ لأمور:

١- أنَّه يُعطيها قوَّةً في التَّأثير؛ لأنَّ هذا يجعلها دليلًا شرعيًّا صالحًا لأن تُبنَى عليه الأحكام.

٢- أنَّ فيه من العموم والشُّمول، ما لا يوجد في اللفظ الآخر للقاعدة **(الضَّرر يُزال)**؛ لأنَّ نصَّ الحديث يشمَلُ إزالة الضَّرر ابتداءً ومقابلةً، قبل الوقوع وبعده، أمَّا اللفظ الآخر للقاعدة؛ فهو خاصٌّ بإزالة الضَّرر بعد وقوعه.

٣- نصُّ الحديث النَّبويِّ، لفظٌ مختَصَرٌ؛ فتحقَّقت فيه الفائدة من صياغة القاعدة الفقهيَّة؛ وهي سهولة حفظها.

❖ وردت في (مجلَّة الأحكام العدليَّة) بهذين اللفظين، وهذا تكرار، ويغني عنه أحد اللفظين؛ إلا أنَّ (الشيخ أحمد الزرقا) ذكر: أنَّ القصد من إعادة ذكرها باللفظ الآخر؛ هو التأكيد على جانب وجوب إزالة الضَّرر في حال وقوعه.

٣ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الضَّرر والضِّرار لغة: اشتقِّتا من مادَّة واحدة؛ وهي: الضَّرُّ أو الضُّرُّ، وهما لغتان؛ تعني: خلاف النَّفع. وقيل: الضَّرّ: خلاف النَّفع؛ ومنه قوله تعالى: ﴿لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْـًٔا﴾[آل عمران:١٢٠]. والضُّرّ: ما كان من سوء حالٍ أو فقرٍ وشدَّة؛ ومنه قوله تعالى: ﴿وَإِذَا مَسَّ ٱلْإِنسَـٰنَ ضُرٌّ دَعَا رَبَّهُۥ﴾[الزُّمَر:٨].

اصطلاحًا: قيل: إنَّهما بمعنًى واحد؛ فكلٌّ منهما يعني: نقصانٌ يدخُل على الشَّيء، أو مَفسَدةٌ تَلحَقُ بالشَّيء. وتكرارهما في لفظ الحديث من باب التَّأكيد؛ فالثَّانية توكيدٌ للأولى.

والرَّاجح أنَّ لكلٍّ منهما معنًى اصطلاحيًّا خاصًّا؛ فالتَّأسيس أولى من التَّأكيد، كما هو معلوم.

واختُلِف في تحديد معنى كلٍّ منهما على ثلاثة أقوال:

١ الضَّرر: إلحاق الإنسان مفسدة بغيره؛ بحيث ينتفع هو بذلك الإلحاق. الضِّرار: إلحاق الإنسان مفسدة بغيره؛ بحيث لا ينتفع هو بذلك الإلحاق.

٢ الضَّرر: إلحاق الإنسان مفسدة بغيره ابتداءً. الضِّرار: إلحاق الإنسان مفسدة بمن أضرَّ به على سبيل المجازاة، على وجهٍ غير جائز.

وهذا هو الرَّاجح؛ لأنَّ لفظ (الضِّرار) مصدرٌ قياسي على وزن (فِعال)، وفعله على وزن (فاعل)؛ وهو يدلُّ على المشاركة بين اثنين فأكثر.

٣ أنَّ الضَّرر اسم، والضِّرار مصدر؛ فالمصدر الذي هو (الضِّرار)؛ يُشير إلى فعل الضَّرر والوقوع فيه، والاسم الذي هو (الضَّرر)؛ يشير إلى ما يُوصل إلى فعل الضَّرر، والوقوع فيه، ويكون وسيلة إليه. فيكون النَّهي واردًا على ارتكاب الضَّرر، أو ارتكاب وسيلته.

المعنى الإجمالي

أنَّ الضَّرر والضِّرار؛ مُحرَّمان في شريعتنا، ولذا يحرُم إيقاع الضَّرر ابتداءً، أو مقابلةً على وجه غير جائز، ويُفهَم من هذا أنَّ الضَّرر الواقع بهذه الكيفيَّة، يجب دفعُه قبل وقوعه، أو رفعه بعد الوقوع إن أمكن.

تنبيهان

١- هذه التَّعريفات اتَّجهت إلى بيان تخصيص معنى الضِّرار؛ بما يقع على الغير، بينما أنَّه يمكن أن يدخل فيه أيضًا: الضَّرر الذي يوقعه، أو يمكن أن يوقعه الإنسان على نفسه.

٢- أنَّ كلاًّ من الضَّرر والضِّرار؛ يمكن أن يكون كلٌّ منهما حسيًّا، ويمكن أن يكون معنويًّا.

④

مجال إعمال القاعدة

هذه القاعدة أساسٌ في مَنْعِ الفعل الضَّارّ، وتلافي نتائجه، وهي سندٌ لمبدأ الاستصلاح المتعلّق بجلب المصالح ودرء المفاسد؛ ولذلك فإنَّ كثيرًا من أبواب الفقه تنبني عليها؛ ومن ذلك:

❖ مشروعية الخيار بأنواعه؛ فإنَّه شُرِعَ لرفع الضَّرر الذي يلحق بأحد المتعاقدين.

❖ مشروعية الحجر بأنواعه؛ فحجر المَفَلَّس شُرِعَ لرفع الضَّرر عن الغرماء، وحجر السَّفيه شُرِعَ لرفع ضرر السَّفيه المحجور عليه.

❖ مشروعية الشُّفعة؛ فإنَّها شُرعت لدفع ضرر الشَّريك، أو الجار الذي لا يريده الإنسان.

❖ مشروعية القصاص؛ فإنَّه شُرِعَ لرفع ضرر المتعدَى عليه، أو وليُّه، ولدفع ضررٍ مُتوقَّع؛ وهو الاعتداء على النَّاس في المستقبل.

❖ مشروعية نصب الأئمة والقضاة؛ فإنَّه شُرِعَ لرفع الضَّرر عن المظلومين، ودفعٌ للضّرار المحتمل، من قيام المعتدَى عليه بأخذ حقِّه بنفسه.

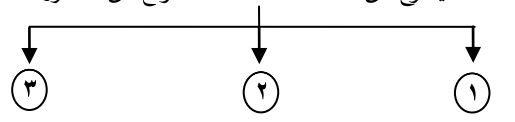
❖ مشروعية الحدود؛ فإنَّها شُرِعَت لدفع الضَّرر ورفعه عن النَّاس: في أنفسهم وأعراضهم وأموالهم.

❖ مشروعية قتال المشركين والبغاة؛ فإنَّه شُرِعَ لدفع الضَّرر ورفعه؛ عن الدِّين، والأنفس،

⑤

تقييد القاعدة من إطلاقها

هذه القاعدة وإن وردت مُطلَقَةً في لفظها، فهي مقيَّدةٌ في واقعها؛ فهي من قبيل العموم المخصوص؛ فليس كلُّ ضرر مُحرَّمًا شرعًا، وذلك أنَّه يخرُج من هذه القاعدة ثلاثة أنواع من الضَّرر:



① الضَّرر الذي أذِنَ الشَّرع في إيقاع العمل المشتمل عليه؛ وهو الضَّرر الواقع بوجهِ حقٍّ؛ ومنه ضرر العقوبات من الحدود والقصاص؛ فإنَّه وإن كان ضررًا على من يُقام عليه، إلا أنَّه ضررٌ بحقٍّ، وقد أذن فيه الشَّارع، بل أوجبه في حالات كثيرة.

② ما رضيَ به المكلَّف ممَّا كان مُتعلِّقًا بحقِّه، لا بحقِّ الله تعالى؛ فمتى اشتمل العمل على ضررٍ للمكلَّف، وكان مُتعلِّقًا بحقِّه هو، ورضِيَ به؛ فإنَّه يُغتَفَر هذا الضَّرر، ومن هذا القبيل: أنَّ في تزويج الوليّ موليتَه بغير كفء -نسبًا أو تديُّنًا- ضررًا عليها، فلو أنَّها رضيت بذلك؛ فإنَّ العقد يصحّ؛ لأنَّ الضَّرر الذي اشتمل عليه العقد، وهو عدم الكفاءة في هذا الأمر، ضررٌ مُتعلِّقٌ بالمرأة في حقٍّ من حقوقها، وقد رضيت به.

وكذا فإنَّ في القذف بالزِّنا ونحوه، ضررًا يلحَقُ بالمقذوف، فلو أنَّ المقذوف سكت في هذه الحال، ولم يُطالِب بالحدِّ؛ فإنَّه لا يُقام الحدُّ على القاذف؛ لأنَّ الضَّرر الذي اشتمل عليه القذف، ضررٌ بحقّ المكلَّف المقذوف، وقد رضي به؛ لسكوته.

③ الضَّرر الذي تعمُّ به البلوى؛ أي: يعسُر الاحتراز منه، أو يعسُر الاستغناء عن العمل إلا معه، وهذا النَّوع من الضَّرر في غالب وقوعه، ضررٌ يسيرٌ يُمكِن احتماله؛ مثل: الضَّرر الذي يكون في بعض المعاملات؛ إمَّا بسبب الغبن، أو الغرر؛ فإنَّه وإن كان ضررًا، إلا أنَّه إذا عمَّت به البلوى؛ فإنَّه يُغتَفر.

⑥

الأدلَّة على القاعدة

دلَّ على هذه القاعدة أدلَّة من القرآن والسُّنَّة؛ ولعلَّ أصرح دليل على القاعدة على سبيل الإجمال، ما ورد في حديث أبي سعيد الخدريّ وابن عباس وعائشة ﭫ أنَّ رسول الله ﷺ قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».

وجه الاستدلال: أنَّ هذا الحديث قد ورد بنفي الضَّرر مُطلقًا، وهذا يوجب إزالته؛ إمَّا بدفعه قبل وقوعه؛ بطرق الوقاية الممكنة، وإمَّا برفعه بعد وقوعه؛ بما يُمكن من التَّدابير التي تُزيل آثاره، وتمنع من تكراره.

❖ يُضاف إلى هذا؛ أنَّ القرآن والسُّنَّة قد دلّا على النَّهي عن إيقاع الضَّرر بالغير بغير وجه حقٍّ، وبيَّنَّا كيفية رفعه بعد وقوعه، وذلك في صور كثيرة؛ منها:

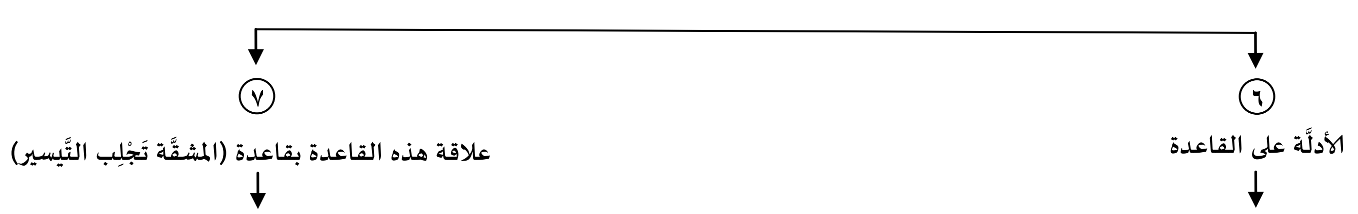
١- النَّهي عن المضارَّة بالمطلَّقات؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَارًا لِّتَعْتَدُوا۟﴾[البقرة:٢٣١]، ﴿وَلَا تُضَآرُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا۟ عَلَيْهِنَّ﴾[الطَّلاق:٧]؛ هذا نهيٌ صريحٌ عن المضارَّة بالمطلَّقة؛ إمَّا بمراجعتها قبل انتهاء عدَّتها، وتطليقها مرَّةً أخرى لتطول عليها العدَّة، أو لتعطيه شيئًا ممَّا آتاها، وإمَّا بالتَّضييق عليها حتى تفتدي منه بمالها، أو تخرج من مسكنه.

٢- النَّهي للوالدة والوالد عن الإضرار بولدهما؛ كما في قوله تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ﴾[البقرة:٢٣٣]؛ هذا نهيٌ عن الإضرار بولدها؛ بأن تأبى أن تُرضِعَ ولدها إضرارًا بوالده، ونهيٌ للوالد عن أن ينتزع الولد من والدته، ويمنعها من إرضاعه؛ لمجرَّد الإضرار بها.

٣- النَّهي عن مضارَّة الكاتب والشَّاهد؛ كما في قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوٓا۟ إِذَا تَبَايَعْتُمْ ۚ وَلَا يُضَآرَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ﴾[البقرة:٢٨٢]؛ هذا نهيٌ إمَّا عن المضارَّة من الكاتب والشاهد؛ وذلك بأن يكتب الكاتب بخلاف ما يُملَى عليه، أو يمتنع من الكتابة أصلاً، وأن يشهد الشَّاهد بخلاف ما سمع، أو يكتُم الشَّهادة بالكلِّية، وإمَّا نهيٌ عن المضارَّة بالكاتب والشَّاهد؛ وذلك بأن يُدعيا إلى الكتابة أو الشَّهادة، وهما مشغولان، فإذا اعتذرا بعذرهما؛ أوقع بهما صاحب الحقِّ الأذى.

٤- النَّهي عن المضارَّة في الوصية؛ كما في قوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَىٰ بِهَآ أَوْ دَيْنٍ غَيْرَ مُضَآرٍّ﴾[النِّساء:١٢]؛ هذا نهيٌ للمورِّث عن إدخال الضَّرر على الورثة في الوصية والدَّين؛ بأن يوصي بأكثر من الثُّلث، أو يوصيَ لوارث، أو أن يُقِرَّ بدين ليس عليه.

يَتْبَعُ في الصَّفحة التَّالية ⮜⮜⮜ ⮜⮜⮜



٦ الأدلَّة على القاعدة

٥- عَنْ سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ ﷺ أَنَّهُ كَانَتْ لَهُ عَضُدٌ مِنْ نَخْلٍ فِي حَائِطِ رَجُلٍ مِنَ الأَنْصَارِ، قَالَ: وَمَعَ الرَّجُلِ أَهْلُهُ. قَالَ: فَكَانَ سَمُرَةُ يَدْخُلُ إِلَى نَخْلِهِ فَيَتَأَذَّى بِهِ وَيَشُقُّ عَلَيْهِ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يَبِيعَهُ، فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ، فَأَبَى، فَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَذَكَرَ ذَلِكَ لَهُ، فَطَلَبَ إِلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ أَنْ يَبِيعَهُ، فَأَبَى، فَطَلَبَ إِلَيْهِ أَنْ يُنَاقِلَهُ فَأَبَى. قَالَ: «فَهَبْهُ لَهُ وَلَكَ كَذَا وَكَذَا». أَمْرًا رَغَّبَهُ فِيهِ فَأَبَى، فَقَالَ: «أَنْتَ مُضَارٌّ». فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ لِلأَنْصَارِيِّ: «اذْهَبْ فَاقْلَعْ نَخْلَهُ». أخرجه أبو داود، وضعَّفه الألباني

وجه الدّلالة: عدّ النَّبيّ ﷺ استعمال الحقّ على وجهٍ يلحق به الأذى بالغير، من قبيل المضارَّة، وسعى إلى إزالة ما تضمَّنه من ضررٍ، وذلك بارتكاب أدنى المفسدتين دفعًا لأعلاهما.

وفي مراسيل أبي داود: عَنْ أَبِي قِلَابَةَ ﷺ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَا تَضَارُّوا فِي الْحَفْرِ».

فقد نهى النَّبيُّ ﷺ عن إلحاق الأذى بالغير، عن طريق استعمال الحقّ؛ وذلك بأن يحفر الرَّجل بئرًا في مُلكِه المجاور لبئر الغير، فيذهب بذلك ماء بئر الجار، وعدّ هذا الفعل من قبيل المضارَّة.

٧ علاقة هذه القاعدة بقاعدة (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير)

ذكر بعض العلماء أنَّ قاعدة (الضَّرر يُزَال)، والتي عبَّرنا عنها بقاعدة: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) متَّحدةٌ أو مُتداخلةٌ مع قاعدة (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير).

قال السُّيوطيّ: "وَهِيَ مَعَ الْقَاعِدَةِ الَّتِي قَبْلَهَا مُتَّحِدَةٌ، أَوْ مُتَدَاخِلَةٌ".

وقال ابن نُجيم: "وَهَذِهِ الْقَاعِدَةُ مَعَ الَّتِي قَبْلَهَا مُتَّحِدَةٌ، أَوْ مُتَدَاخِلَةٌ".

وعبارتهما فيها شيء من التَّردُّد، وعدم الجزم في العلاقة بين القاعدتين.

فهل القاعدتان متَّحدتان؟ أي: هل تستويان في موضوعهما، فتصدُق كلُّ واحدة منهما على ما تصدُق عليه الأخرى؟ -يعني: من جهة أن قاعدة (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير) يتعلَّق موضوعها بتخفيف المشقَّة؛ التي هي سببٌ في الضَّرر-.

أو أنَّ بينهما شيئًا من التَّداخُل فحسب؟ بحيث تشترك القاعدتان في أمرٍ، وتفترقان في أمرٍ آخر؟

الذي يظهر أنَّ القاعدتين ليستا متَّحدتين؛ بل بينهما تداخل. وبيان هذا:

أنَّ كلا القاعدتين يُمكِن أن يُحكَّم في الأمر الخارج عن المعتاد في الشِّدَّة، في تصرُّفات المكلَّفين؛ إلا أنَّ قاعدة: (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير) تُحكَّم في تصرُّفات الخلق مع الخالق، وأمَّا قاعدة: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ) فتُحكَّم في تصرُّفات الخلق فيما بينهم.

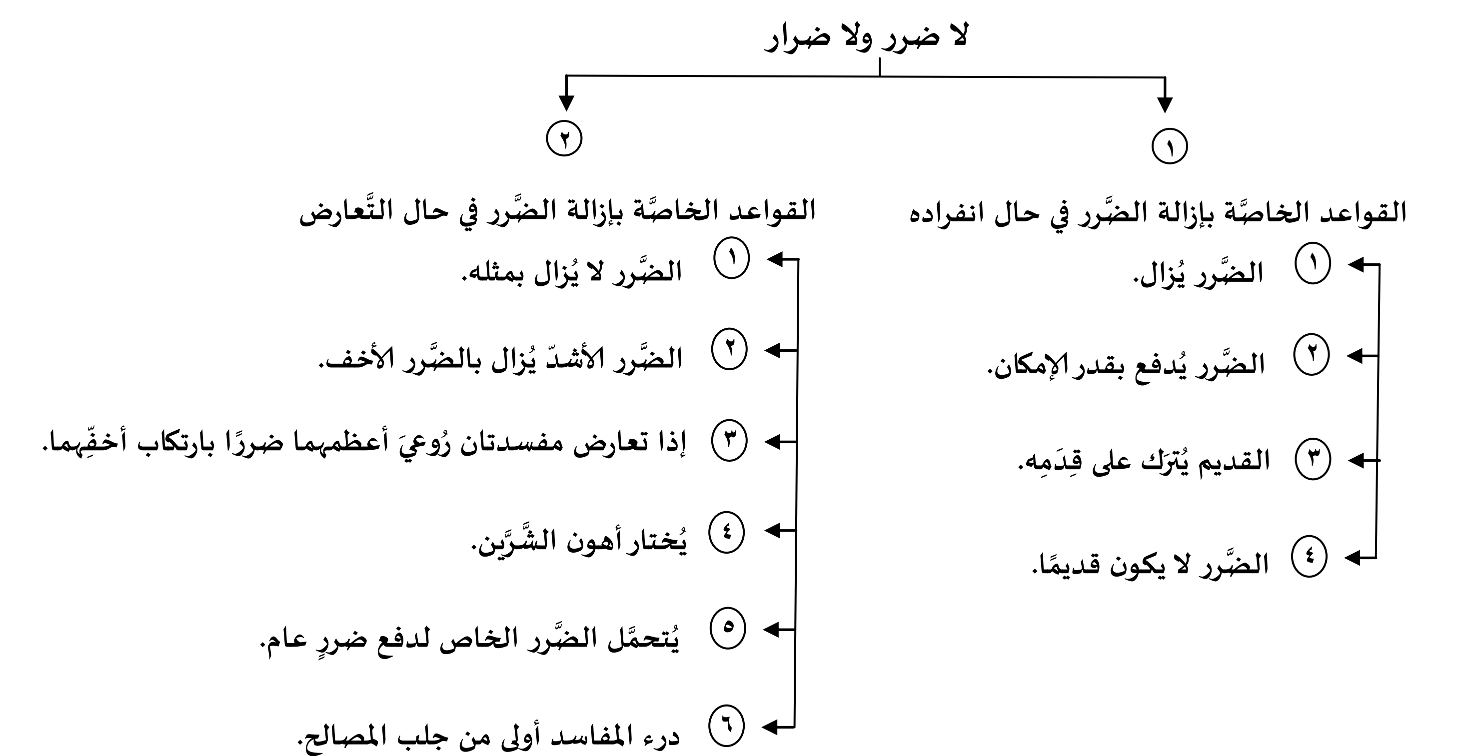
وبناءًا على هذا؛ فإنَّ ذلك التَّردُّد الذي جاء في كلام السُّيوطيّ وابن نُجيم له ما يُبَرِّرُه، بالنَّظر إلى ما تُحكَّم فيه كلتا القاعدتين.

وهذا يُفسِّر لنا الاختلاف الواقع في تفريع بعض القواعد على هاتين القاعدتين؛ لأجل أنَّ موضوعات تلك القواعد، شاملةٌ للحكم على تصرُّفات الخلق مع الخالق، وعلى تصرُّفاتهم فيما بينهم، كما وقع في قاعدة: (الضَّرورات تُبيحُ المحظورات)؛ فبعضهم يُفرِّعُها على قاعدة: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)، وكلا النَّظرين سائغٌ.

وإذا تقرَّر هذا؛ فإنَّ من البعيد القول بتفريع قاعدة: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)، على قاعدة: (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير)، كما ذهب إلى ذلك بعض الباحثين؛ من جهة أنَّ في رفع الضَّرر تيسيرًا وتسهيلاً على الأمَّة.

وإنَّما استبعدنا ذلك القول؛ لأنَّه ليس تفريع قاعدة: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)، على قاعدة: (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير)، بأولى من عكسه، فإنَّ لقائلٍ أن يقول: إنَّ قاعدة: (المشقَّة تَجْلِب التَّيسير) مُتفرِّعةٌ على قاعدة: (لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ)، باعتبار أنَّ في التَّيسير والتَّسهيل على الأمَّة؛ إزالةً للضَّرر عنهم.

القاعدة الكبرى الرَّابعة



①

القواعد الخاصَّة بإزالة الضَّرر فى حال انفراده

① الضَّرر يُزال.

② الضَّرر يُدفع بقدر الإمكان.

③ القديم يُترَك على قِدَمِه.

④ الضَّرر لا يكون قديمًا.

١

الضَّررُ يُزَال

١ صياغة القاعدة

لفظ هذه القاعدة، جعله كثيرٌ من العلماء والباحثين، بدلاً من لفظ القاعدة الكبرى المعتمد هنا؛ لذلك فإنَّ ما ذُكر من أدلَّةٍ للقاعدة الكبرى، يجعلونه أدلَّة على هذه القاعدة.

وقد مرَّ بنا فيما تقدَّم التَّميّيز بين هذين اللفظين، وأنَّ هذا اللفظ المذكور هنا؛ يختصُّ برفع الضَّرر بعد وقوعه، بخلاف اللفظ المعتمد للقاعدة الكبرى؛ فكما أنَّه يشمل رفع الضَّرر بعد وقوعه؛ فإنَّه كذلك يشمل دفعه قبل وقوعه، بطُرُق الوقاية الممكنة.

لذلك عُدَّت هذه القاعدة التي معنا هنا، من القواعد المتفرِّعة عن القاعدة الكبرى.

٢ معنى القاعدة

أنَّ الواجب شرعًا في شأن الضَّرر، إذا كان واقعًا أن يُسعَى في إزالته ورفعه.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

ينبني على هذه القاعدة كثيرٌ من الفروع الفقهيَّة، في كثير من أبواب الفقه، يستوي في ذلك ما يتعلَّق بالتَّعويض عن الضَّرر في الحقوق العامَّة، أو التَّعويض عن الضَّرر في الحقوق الخاصَّة؛ ومن أمثلة ذلك ما يأتي:

١- لو أنَّ أحد المتبايعين قد يقع له ضررٌ بعد لزوم عقد البيع؛ كأن يُغبن فيه، أو يُدلَّس عليه، أو يظهر عيبٌ في السِّلعة، فشُرع خيار الغبن، وخيار التَّدليس، وخيار العيب؛ لرفع الضَّرر الواقع لأحد المتعاقدين.

الخيار: هو طلب خير الأمرين من إمضاء البيع أو فسخه.
خيار الغبن: أنَّ العاقد المخدوع، له حقّ الخيار، حتى يستطيع رفع الغبن الواقع عليه.
خيار التَّدليس: أن يكون للعاقد على الشَّيء حقُّ الفسخ، إذا كان المبيع على صفة، فبان للمشتري خلافها.
خيار العيب: أن يكون لأحد المتعاقدين حقُّ الفسخ، بسبب عيبٍ يجدُه فيما تملَّك، ولم يطَّلع عليه وقت العقد.

٢- لو أنَّ بعض التُّجار عمَد إلى شراء ما يحتاج إليه النَّاس من الطعام، فحبسه عنهم بقصد إغلائه عليهم -أي: احتكره-؛ فإنَّه يجب على ولي الأمر أن يأمره بالبيع؛ إزالةً للضَّرر عن النَّاس، ويجوز لولي الأمر في هذه الحالة أن يُكرِهِ التَّاجر على البيع بقيمة المثل.

٣- لو أنَّ شخصًا سلَّط ميزابه على الطَّريق العام، بحيث يتأذَّى به المارُّون؛ فإنَّه يجب على ولي الأمر أن يأمره بإزالة ميزابه، إزالةً للضَّرر عن المارّين في الطَّريق.

٤- لو أنَّ شخصًا غرس شجرةً في بيته، ثمَّ تدلَّت أغصانها في بيت جاره، وتأذَّى منها ذلك الجار؛ فإنَّه يجب على صاحب الشَّجرة إزالة هذا الضَّرر؛ إمَّا بقطع تلك الأغصان أو رفعها.

٥- لو أنَّ شخصًا أحدث نافذة في بيته، وصارت تكشف بيت جاره، بحيث يتأذَّى منها ذلك الجار؛ فإنَّه يجب على من أحدث تلك النَّافذة، أن يُزيلها، أو يضع حائلاً يمنع من انكشاف بيت جاره.

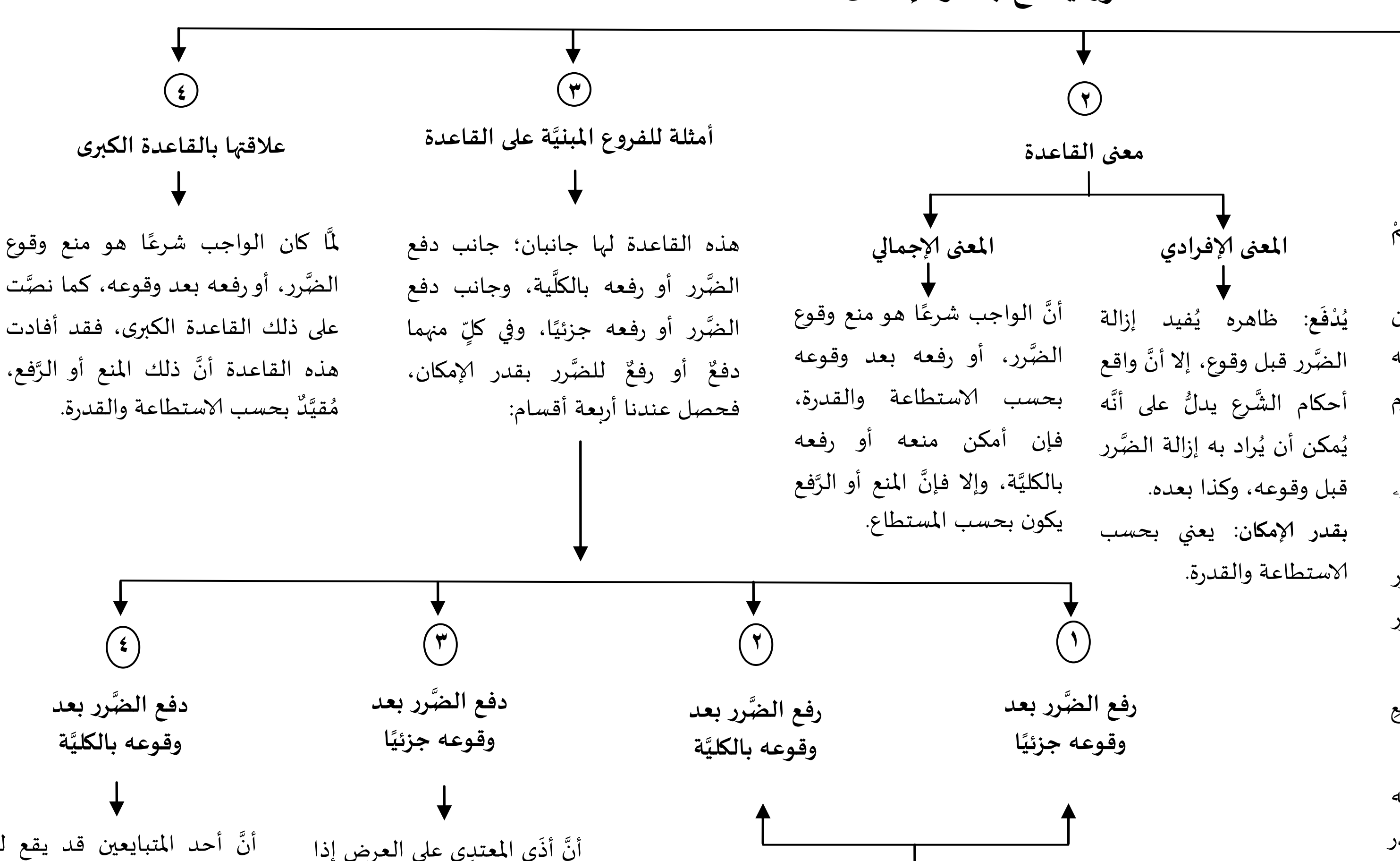
٦- لو أنَّ زوجًا غاب عن زوجته غيبةً طويلةً، وتضرَّرت الزَّوجة بسبب تلك الغيبة؛ فإنَّه يجب على الزَّوج أن يسعَى في إزالة هذا الضَّرر؛ إمَّا بحضوره، أو بإحضار الزَّوجة عنده، أو بطلاقها إن كان الزَّوج معلوم المكان، فأمَّا إن كان مفقودًا بحيث لا يُعلَم مكانُه، فللقاضي أن يحكم بطلاق المرأة.

٧- لو أنَّ عينًا مملوكةً لشخص غُصِبَت؛ فإنَّه يجب إزالة الضَّرر عنه؛ إمَّا بردّ العين المغصوبة إليه سليمةً، وإمَّا بردِّها في حال نقصها مع ضمان الغاصب لما نقص منها؛ إزالةً للضَّرر عن المالك.

٤ علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تفيد وجوب السَّعي في إزالة الضَّرر ورفعه، بعد وقوعه، وهذا **جزءٌ** ممَّا تفيده القاعدة الكبرى.

٢
الضَّرر يُدفع بقدر الإمكان



١ الأدلَّة على القاعدة

١- قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾[التغابن:١٦]، وقال ﷺ: «وَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ» أخرجه البخاري ومسلم.

وجه الاستدلال: أنَّ دفع الضَّرر قبل وقوعه، أو رفعه بعد وقوعه، من قبيل امتثال أمر الشَّرع؛ لأنَّه قد نهى عن إيقاع الضَّرر، فتكون إزالته واجبةً، والوجوب مُعلَّق بالاستطاعة بدلالة الآية والحديث، فيلزم دفع الضَّرر، أو رفعه بحسب الإمكان.

٢- قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ﴾[الأنفال:٦٠].

وجه الاستدلال: أنَّ الله تعالى أمر المؤمنين بإعداد القوَّة، لدفع ضرر الأعداء، وقيَّد هذا الأمر بالاستطاعة، ممَّا يدلُّ على أنَّ دفع الضَّرر يكون بحسب الإمكان.

٣- قوله تعالى: ﴿وَٱلَّٰتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَٱهۡجُرُوهُنَّ فِي ٱلۡمَضَاجِعِ وَٱضۡرِبُوهُنَّۖ فَإِنۡ أَطَعۡنَكُمۡ فَلَا تَبۡغُواْ عَلَيۡهِنَّ سَبِيلًاۗ﴾[النِّساء:٣٤].

وجه الاستدلال: أنَّ نشوز الزَّوجة يُعدُّ ضررًا على الزَّوج، وقد أمر الله تعالى بدفعه بحسب الاستطاعة، ممَّا يدلُّ على أنَّ الضَّرر يُدفَع بقدر الإمكان.

٤- قوله ﷺ: «مَنْ رَأَى مِنْكُمْ مُنْكَرًا فَلْيُغَيِّرْهُ بِيَدِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِلِسَانِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَبِقَلْبِهِ، وَذَلِكَ أَضْعَفُ الْإِيمَانِ» أخرجه مسلم.

وجه الاستدلال: أنَّ وقوع المنكر يُعَدُّ ضررًا، وقد وجَّه النَّبيُّ ﷺ إلى وجوب رفعه بحسب القدرة، ممَّا يدلُّ على أنَّ الضَّرر يُدفَع بقدر الإمكان.

٥- ما ورد في حديث سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ رضي الله عنه -الذي تقدَّم-، فقد طلب النَّبيُّ ﷺ من سَمُرَةَ أن يبيعه، ثمَّ أن يُناقله، ثمَّ أن يهبه للأنصاري، وكل ذلك من قبيل السَّعي إلى دفع الضَّرر عن الأنصاري بقدر الإمكان.

٢ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

يُدْفَع: ظاهره يُفيد إزالة الضَّرر قبل وقوع، إلا أنَّ واقع أحكام الشَّرع يدلُّ على أنَّه يُمكن أن يُراد به إزالة الضَّرر قبل وقوعه، وكذا بعده.

بقدر الإمكان: يعني بحسب الاستطاعة والقدرة.

المعنى الإجمالي

أنَّ الواجب شرعًا هو منع وقوع الضَّرر، أو رفعه بعد وقوعه بحسب الاستطاعة والقدرة، فإن أمكن منعه أو رفعه بالكليَّة، وإلا فإنَّ المنع أو الرَّفع يكون بحسب المستطاع.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

هذه القاعدة لها جانبان؛ جانب دفع الضَّرر أو رفعه بالكلِّيَّة، وجانب دفع الضَّرر أو رفعه جزئيًا، وفي كلٍّ منهما دفعٌ أو رفعٌ للضَّرر بقدر الإمكان، فحصل عندنا أربعة أقسام:

١ رفع الضَّرر بعد وقوعه جزئيًا

٢ رفع الضَّرر بعد وقوعه بالكليَّة

هذا القسمان اللذان يتعلَّقان بما بعد الوقوع، فتقدَّم التَّمثيل لهما في القاعدة السَّابقة (الضَّررُ يُزَال).

٣ دفع الضَّرر بعد وقوعه جزئيًا

أنَّ أذَى المعتدِي على العرض إذا لم يندفع، إلا بدفع المال إليه؛ فإنَّه يُشرَع دفع المال إليه في هذه الحال؛ إزالةً للضَّرر بقدر الإمكان عن المعتدَى عليه، وهذا من قبيل دفع الضَّرر جزئيًا؛ فإنَّ الضَّرر لا يندفع عن المعتدَى عليه، إلا بانصراف المعتدِي، بعد أخذه لذلك المقابل المالي.

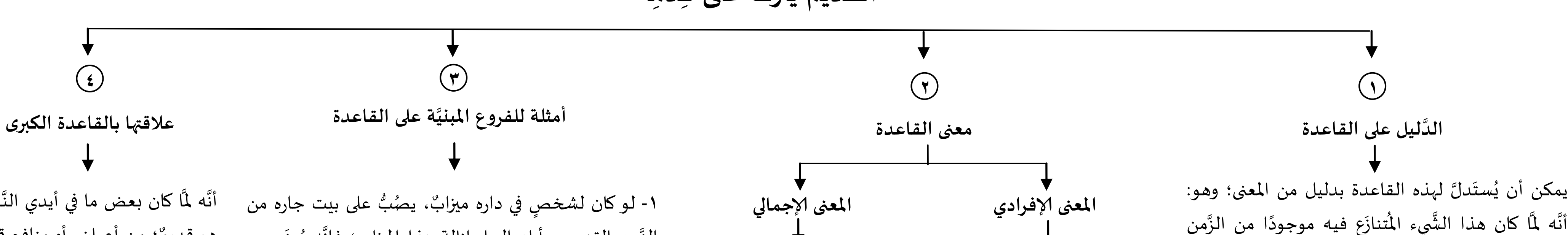
٤ دفع الضَّرر بعد وقوعه بالكليَّة

أنَّ أحد المتبايعين قد يقع له ضررٌ، بعد لزوم عقد البيع؛ كأن يندم على البيع أو الشِّراء، فشُرع خيار المجلس، وخيار الشَّرط؛ لدفع الضَّرر المتوقَّع لأحد المتعاقدين، وهذا في الجملة فيه دفعٌ للضَّرر بالكليَّة.

٤ علاقتها بالقاعدة الكبرى

لمَّا كان الواجب شرعًا هو منع وقوع الضَّرر، أو رفعه بعد وقوعه، كما نصَّت على ذلك القاعدة الكبرى، فقد أفادت هذه القاعدة أنَّ ذلك المنع أو الرَّفع، مُقيَّدٌ بحسب الاستطاعة والقدرة.

٣
القديم يُترَك على قِدَمِه



١ الدَّليل على القاعدة

يمكن أن يُستَدلَّ لهذه القاعدة بدليل من المعنى؛ وهو: أنَّه لمَّا كان هذا الشَّيء المُتنازَع فيه موجودًا من الزَّمن القديم، على هذه الحالة المشاهدة؛ فإنَّ الأصل بقاؤه على ما كان عليه، خاصَّة وأنَّ الغالب على الظَّنِّ أنَّه ما حدث إلا بوجهٍ شرعيٍّ، والشَّيء إذا وُجِدَ على وجهٍ شرعيٍّ، فإنَّه ينبغي تركه على حالته، فلا تجب إزالته.

٢ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

القديم: هو ما توافر فيه وصفان:

أحدهما: أن لا يوجد وقت النِّزاع فيه مَنْ أدرك مبدأَه.

ثانيهما: أن يكون مشروعًا في أصله.

ومعنى هذا: أنَّه لو فُقِد أحد هذين الوصفين، أو كلاهما؛ فإنَّه لا يتحقَّق وصف القِدَم الاصطلاحيّ، المقصود في هذه القاعدة.

قِدَمِهِ: يُراد به: حالته التي هو عليها وقت النِّزاع.

المعنى الإجمالي

أنَّ ما يقع فيه النِّزاع ممَّا هو في أيدي النَّاس، من أعيان أو منافع، -وكان ممَّا لا يُدرِك أحدٌ مبدأَه، وهو مشروعٌ في أصله-؛ فإنَّه يُترَك على حالته التي هو عليها، بلا زيادة، ولا نقصٍ، ولا تغيِّير، ولا تحويل، ويُعَدُّ قِدَمُه دليلاً على أنَّه حقٌّ قائمٌ بطريقٍ مشروع.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو كان لشخصٍ في داره ميزابٌ، يصُبُّ على بيت جاره من الزَّمن القديم، وأراد الجار إزالة هذا الميزاب؛ فإنَّه يُمنَع من ذلك؛ لأنَّ الميزاب قديمٌ، والقديم يُترَك على قِدَمِه.

٢- لو كان لشخصٍ ممَرٌّ في أرض جاره يمُرُّ منه إلى بيته من الزَّمن القديم، وأراد الجار إغلاق هذا المَمَرّ؛ فإنَّه يُمنَع من ذلك؛ لأنَّ المَمَرّ قديمٌ، والقديم يُترَك على قِدَمِه.

٣- لو كان لشخصٍ بقعةٌ في أرض جاره، يُلقِي فيها فضلاته، وفضلات بهائمه من الزَّمن القديم، وأراد صاحب الأرض منعه من ذلك؛ فإنَّه يُمنَع من ذلك؛ لأنَّ انتفاعه بتلك البقعة قديمٌ، والقديم يُترَك على قِدَمِه.

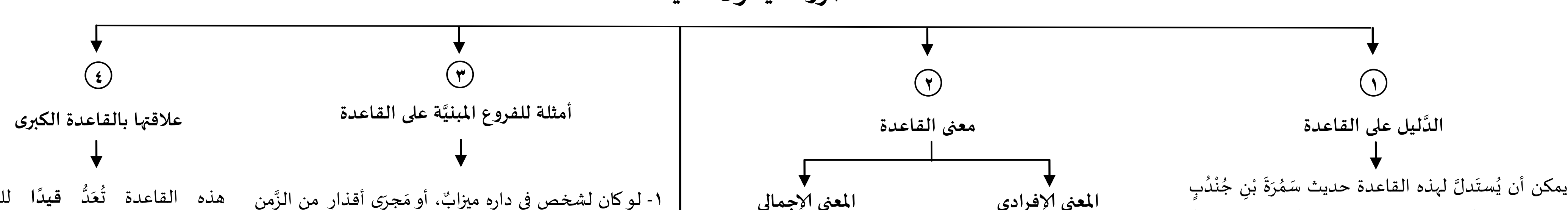
٤- لو كان من عادة شخصٍ من الزَّمن القديم، أن يحجز ماء المطر في أرضه، حتى يمتلِيء زرعه، ثمَّ يُطلِق الزَّائد لجاره، وأراد جاره أن يطلُب منه أن يُطلِق له الماء، قبل امتلاء زرعه؛ فليس له ذلك؛ لأنَّ انتفاعه بتلك الطَّريقة قديمٌ، والقديم يُترَك على قِدَمِه.

٤ علاقتها بالقاعدة الكبرى

أنَّه لمَّا كان بعض ما في أيدي النَّاس ممَّا هو قديمٌ؛ من أعيانٍ، أو منافع قد يظهر أنَّ فيه ضررًا، والضَّرر -كما هو متقرِّر- تجب إزالته، فقد جاءت هذه القاعدة؛ لتُبيِّن أنَّ القديم يُترَك على قِدَمِه، وإن ظهر أنَّ فيه ضررًا.

٤

الضَّرر لا يكون قديمًا



١ الدَّليل على القاعدة

يمكن أن يُستَدلَّ لهذه القاعدة حديث سَمُرَةَ بْنِ جُنْدُبٍ ﷺ -الذي تقدَّم-، **ووجه الدِّلالة منه:** أنَّ الذي يظهر أنَّ حقَّ سَمُرَةَ في دخول حائط الأنصاريّ كان قديمًا، ولكن لمَّا اشتمل على ضررٍ بالأنصاريّ، لم يعتَبِرِ النَّبيُّ ﷺ قِدَمَ هذا الحقّ، بل سعى إلى إزالته؛ ممَّا يدلُّ على أنَّه لا عِبرة بالشَّيء، المشتَمِل على ضررٍ ولو كان قديمًا.

٢ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

لا يكون قديمًا: أي: لا يُحتجُّ بتقادُمه، وليس المراد به: عدم حصول التَّقادُم في الضَّرر.

فالقِدَم المنفيّ في هذه القاعدة هو القِدَمُ الاصطلاحيّ، أمَّا القِدَمُ الواقعيّ، فهو غير مقصودٍ بالنَّفي.

المعنى الإجمالي

أنَّ ما في أيدي النَّاس، من أعيان أو منافع، من الزَّمن القديم، إذا كانت مشتمِلَة على الضَّرر؛ فإنَّه لا يصحُّ الاحتجاج بقِدَم وجودها، بل تجب إزالة الضَّرر الواقع فيها، ولو ترتَّب على ذلك إزالته بالكليَّة.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو كان لشخصٍ في داره ميزابٌ، أو مَجرى أقذارٍ من الزَّمن القديم، يصبُّ في الطَّريق العام، ويُؤذي المارِّين؛ فإنَّه تجب إزالته، ولا يعتَدُّ بقِدَمِه؛ لأنَّه ضرر، والضَّرر لا يكون قديمًا؛ أي: لا يُحتجُّ بقِدَمِه.

٢- لو كان لشخصٍ في بيته نافذةٌ، من الزَّمن القديم، تكشف بيت جاره، ويتأذَّى منها ذلك الجار؛ فإنَّه يجب أن يزيلها، أو يضع حائلاً، ولا يعتَدُّ بقِدَمِها؛ لأنَّها ضرر، والضَّرر لا يكون قديمًا؛ أي: لا يُحتجُّ بقِدَمِه.

٤ علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة **تُعَدُّ قيدًا** للقاعدة السَّابقة: (القديم يُترَك على قِدَمِه)؛ وذلك أنَّه قد تقرَّر في القاعدة السَّابقة، أنَّ القديم يُترَك على قِدَمِه، وإن ظهر أنَّ فيه ضررًا، وجاءت هذه القاعدة لتُبيِّن أنَّ ما يُترَك على قِدَمِه، هو ما لا ضرر فيه، وأمَّا ما كان مشتملاً على ضررٍ؛ فإنَّه لا يصحُّ الاحتجاج بقِدَمِ وجوده، بل تجب إزالة الضَّرر الواقع فيه.

٥ في بيان ضابط ما يُحتَرَم قِدَمُهُ وما لا يُحتَرَم

مرَّ بنا في القاعدة الثَّالثة أشياءٌ قديمَةٌ، فيها ضررٌ ومع ذلك احتُرِمَ قِدَمُهَا، ورأينا في هذه القاعدة الرَّابعة أشياءَ قديمَةٌ لم يُحتَرَم قِدَمُهَا؛ لأجل أنَّ فيها ضررًا، فما الضَّابط في ذلك؟

اجتهد الشيخ (أحمد الزَّرقا) في «شرح القواعد الفقهيَّة» في وضع ضابطٍ لهذا، بعد أن قرَّر أنَّ ميزان مُراعاة قِدَم الضَّرر، وعدم مراعاته، يرجع إلى تحديد فُحش الضَّرر، **والضَّابط هو:**

"أَنَّ كلَّ مَا يُمكن أَن يُسْتَحقَّ على الْغَيْر بِوَجْهٍ من الْوُجُوه الشَّرْعِيَّة، فَهُوَ لَيْسَ بِضَرَر فَاحش، فَتجب حِينَئِذٍ مُرَاعَاة قدمه إِذا كَانَ قَدِيمًا، وَمَا لَا يُمكن أَن يُسْتَحقَّ على الْغَيْر بِوَجْه شَرْعِيّ، فَهُوَ ضَرَر فَاحش، وَيُرْفَع مهما كَانَ قَدِيمًا".

ولإيضاح ذلك: فإنَّ الميزاب الذي يصبُّ على بيت الجار، أو المَمَرّ الذي يكون في أرض الجار، ونحو ذلك يُمكن أن يستحقَّه الإنسان على غيره بِوَجْه شَرْعِيٍّ؛ فيُحتَرَم قِدَمُه.

وأمَّا تنجيس الطَّريق العام، أو كشف نساء الجار؛ فإنَّ ذلك لا يمكن أن يستحقَّه الإنسان على غيره، بأيِّ وَجْهٍ من الْوُجُوه الشَّرْعِيَّة؛ ولذلك فإنَّه لا يُحتَرَم قِدَمُه.

②

القواعد الخاصَّة بإزالة الضَّرر فى حال التَّعارض

① الضَّرر لا يُزال بمثله.

② الضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخف.

③ إذا تعارض مفسدتان رُوعيَ أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفِّهما.

④ يُختار أهون الشَّرَّين.

⑤ يُتحمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عام.

⑥ درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

(١)

الضَّرر لا يُزال بمثله

(١)

معنى القاعدة

أنَّ الواجب شرعًا عدم إزالة الضَّرر بضرَرٍ مثله، ولا بضرَرٍ أشدَّ منه، من باب أولى، وهذا يعني أنَّ الضَّرر يجب أن يُزال بدون ضرر -إن أمكن-، وإلا أُزيل بضرر أقلّ.

(٢)

أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا أُكرِه عن طريق التَّهديد بالقتل، على قتل معصومٍ؛ فإنَّه لا يجوز له قتله؛ لأنَّ الإكراه بالتَّهديد بالقتل ضررٌ، والإقدام على قتل المعصوم ضررٌ مثلُه، والضَّرر لا يُزال بمثله.

٢- لو أنَّ شخصًا فقيرًا، وله قريبٌ فقيرٌ؛ فإنَّه لا يُلزَم أحدهما بالنَّفقة على الآخر، إذا كان لا يقدِر إلا على نفقة نفسه؛ لأنَّ وجوده على حالة الفقر ضررٌ، وإلزامُه بالنَّفقة على قريبه ضررٌ مثلُه، أو أشدّ، والضَّرر لا يُزال بمثله، ولا بما هو أشدُّ من باب أولى.

٣- لو أنَّ مالاً مشتركٌ بين اثنين، ولا يقبل القسمة، وتضرَّر أحد الشَّريكين بالشَّركة؛ فإنَّه لا يُجبَر الشَّريك الآخر على القسمة؛ لأنَّ في القسمة ضررًا أعظم، من ضرر البقاء على الشَّركة، وإذا كان الضَّرر لا يُزال بمثله؛ فإنَّه لا يُزال بضرر أشدَّ منه من باب أولى.

(٣)

علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُعَدُّ **قيدًا** لقاعدة: (الضَّرر يُزال)؛ فحيث وجبت إزالة الضَّرر؛ فإنَّه لا تجوز إزالته بمثله، ولا بما هو أشدُّ منه، بل تجب إزالته بلا ضررٍ -إن أمكن-، أو بضررٍ أقلَّ منه.

(٤)

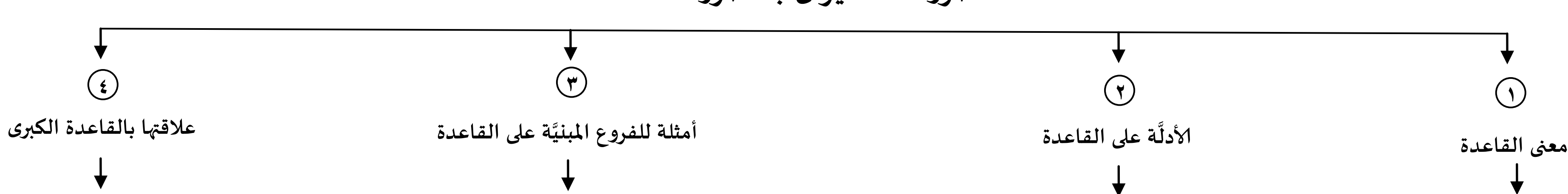
علاقة هذه القاعدة بقاعدة: (الضَّرر لا يُزال بالضَّرر)

عبَّر بعض العلماء بـ (الضَّرر لا يُزال بالضَّرر) عن قاعدة: (الضَّرر لا يُزال بمثله)، وهذا يُشير إلى أنَّهم يرون أنَّ كلا اللفظين بمعنًى واحدٍ.

إلا أنَّ الذي يظهر أنَّ بينهما فرقًا؛ وهو أنَّ لفظ: (الضَّرر لا يُزال بالضَّرر)، أعمُّ من لفظ: (الضَّرر لا يُزال بمثله)، وعمومه جاء من إطلاقه.

فاللفظ الأوَّل يفيد عدم جواز إزالة جنس الضَّرر، بجنس ضرر آخر؛ سواءٌ أكان مساويًا، أو أقلَّ، أو أشدَّ، فالواجب إزالة الضَّرر دون إيقاع ضررٍ آخر، بينما اللفظ الثَّاني هنا مُقيَّدٌ؛ فهو يفيد عدم جواز إزالة الضَّرر، بضررٍ مساوٍ، أو أشدَّ من باب أولى، وهذا يعني جواز إزالة الضَّرر بضررٍ أقلّ.

② الضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخفّ



① معنى القاعدة

أنَّه إذا تقابل ضرران، وكان أحدهما واقعًا، وهو أعظم من الآخر، وأشدّ في نفسه؛ فإنَّه يُرتكب الضَّرر الأخف، لإزالة الضَّرر الأشدّ.

② الأدلَّة على القاعدة

١- ما رواه مسلم عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ، قَالَ: بَيْنَمَا نَحْنُ فِي الْمَسْجِدِ مَعَ رَسُولِ اللهِ ﷺ، إِذْ جَاءَ أَعْرَابِيٌّ فَقَامَ يَبُولُ فِي الْمَسْجِدِ، فَقَالَ أَصْحَابُ رَسُولِ اللهِ ﷺ: مَهْ مَهْ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَا تُزْرِمُوهُ دَعُوهُ»، فَتَرَكُوهُ حَتَّى بَالَ، ثُمَّ إِنَّ رَسُولَ اللهِ ﷺ دَعَاهُ فَقَالَ لَهُ: «إِنَّ هَذِهِ الْمَسَاجِدَ لَا تَصْلُحُ لِشَيْءٍ مِنْ هَذَا الْبَوْلِ، وَلَا الْقَذَرِ إِنَّمَا هِيَ لِذِكْرِ اللهِ ﷻ، وَالصَّلَاةِ وَقِرَاءَةِ الْقُرْآنِ» أَوْ كَمَا قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ قَالَ: فَأَمَرَ رَجُلًا مِنَ الْقَوْمِ فَجَاءَ بِدَلْوٍ مِنْ مَاءٍ فَشَنَّهُ عَلَيْهِ.

وجه الدّلالة: أنَّه قد تقابل في حقّ هذا الأعرابي ضرران؛

أحدهما: تركه حتى يُكمِل بوله؛ وفي هذا تنجيس للمسجد.

وثانيهما: قطع بوله عليه؛ وفيه ضرر تنجيس بدنه وثيابه، ومواضع أخرى من المسجد، واحتباس بقيَّة البول عليه، ونحو ذلك.

والظَّاهر أنَّ الضَّرر الثَّاني أشدّ من الأوَّل؛ لذا نهى الرَّسول ﷺ الصَّحابة ﷺ عن زجر هذا الأعرابي؛ دفعًا للضَّرر الأشدّ بالضَّرر الأخف.

٢- ما ورد في شأن صُلْح الحديبية، وفيه أنَّ المشركين اشْتَرَطُوا عَلَى النَّبِيِّ ﷺ أَنْ مَنْ جَاءَ مِنْكُمْ لَمْ نَرُدَّهُ عَلَيْكُمْ، وَمَنْ جَاءَكُمْ مِنَّا رَدَدْتُمُوهُ عَلَيْنَا، فَقَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ، أَنَكْتُبُ هَذَا؟ قَالَ: «نَعَمْ، إِنَّهُ مَنْ ذَهَبَ مِنَّا إِلَيْهِمْ فَأَبْعَدَهُ اللهُ، وَمَنْ جَاءَنَا مِنْهُمْ سَيَجْعَلُ اللهُ لَهُ فَرَجًا وَمَخْرَجًا». أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم

وجه الدّلالة: أنَّ هذا الشَّرط فيه ضررٌ على المسلمين؛ لما فيه من الإذلال، وعدم المكافأة بين الفريقين، ومع ذلك قبِلَه النَّبيُّ ﷺ؛ لكون هذا الضَّرر أخفّ من ضرر حصول القتل للمسلمين الذين بمكّة.

٣- ما ورد في قصة الخضر مع موسى ﷺ: حيث خرق الخضر السَّفينة، وقتل الغلام، وذلك ضررٌ ومفسدة، إلا أنَّه قد قابل ذلك ذهاب السَّفينة كلِّها غصبًا من الملك الظَّالم، وإرهاق الغلام لأبويه الكفر، وإفساده لدينهما إن هو بقي، وهذا أيضًا ضررٌ ومفسدةٌ، إلا أنَّه أشدُّ وأعظم، فارتكب الخضر الضَّرر الأخف؛ وهو خرقه للسَّفينة، وقتله للغلام؛ لإزالة الضَّرر الأشدّ.

وهذا قد ورد في شرعنا أنَّه من شرع من قبلنا، ولم يُصرِّح شرعنا بقبوله أو نفيه، وهو حجَّة على الرَّاجح.

③ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصان بينهما قرابة؛ أحدهما موسرٌ، والآخر فقيرٌ؛ فإنَّ النَّفقة تجب للفقير على الموسر، وإن كان في ذلك ضررًا على الموسر؛ لأنَّ ضرر الفقير بعدم النَّفقة أشدّ، من ضرر فرض النَّفقة على الموسر، والضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخف.

٢- لو أنَّ شخصًا مَلَكَ أرضًا بإرثٍ، أو نحوه، فبنَى فيها، أو غرس، ثمَّ ظهر أنَّ للأرض مستحقًّا غيره؛ فإنَّه يُنظَر إلى قيمة البناء، أو الغرس، فإن كان أكثر من قيمة الأرض؛ فإنَّ للمشتري أن يتملَّك الأرض بقيمتها جبرًا على صاحبها المستحق؛ وذلك لأنَّ في نزعها من يده في هذه الحالة، ضررًا أشدّ من ضرر بقائها في يده، ودفع قيمة الأرض للمستحقّ، والضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخف، والعكس بالعكس.

٣- لو أنَّ أسيرًا مسلمًا وقع بيد الكفّار، ولم يمكن إطلاقه إلا بالفداء بالمال؛ فإنَّه يجوز دفع المال إلى الكفّار في هذه الحال؛ لأنَّ ضرر بقاء المسلم في الأسر، أشدّ من ضرر انتفاع الكفّار بأموال المسلمين، والضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخف.

④ علاقتها بالقاعدة الكبرى

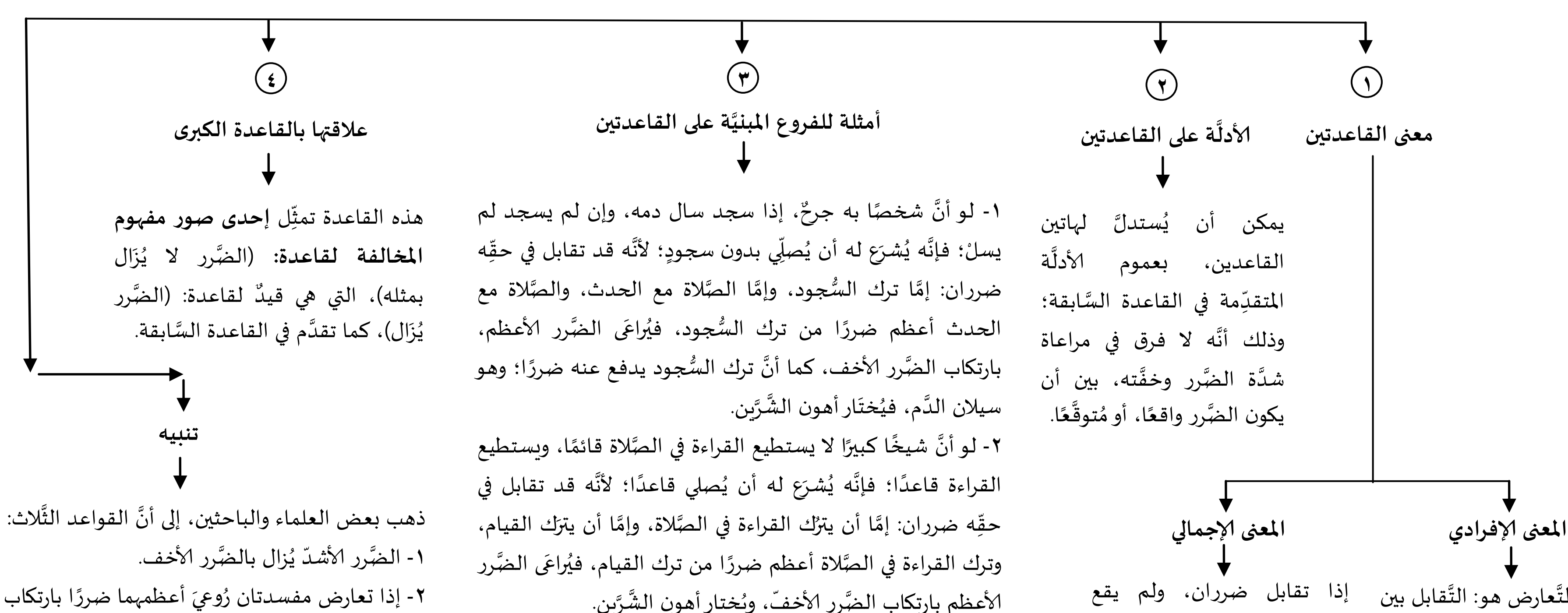
هذه القاعدة تمثِّل **إحدى صور مفهوم المخالفة لقاعدة:** (الضَّرر لا يُزال بمثله)، التي هي قيد لقاعدة: (الضَّرر يُزال)؛ وذلك أنَّه إذا كان الضَّرر لا يُزال بمثله؛ فإنَّ مفهوم المخالفة من ذلك، أنَّه يُزال بما هو أقلّ منه؛ ومن صور ذلك كون أحد الضَّررين أخفَّ من الآخر، وقد أفادت هذه القاعدة؛ أنَّه يُزال به الضَّرر الأشدّ.

③

إذا تعارض مفسدتان رُوعيَ أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفِّهما

④

يُختار أهون الشَّرَّين



① **معنى القاعدتين**

المعنى الإفرادي

تعارض: التَّعارض هو: التَّقابل بين الشَّيئين على سبيل التَّمانُع.

مفسدتان: تثنية مفسدة، والمفسدة ضدّ المصلحة، وهي تفيد معنى الضَّرر.

روعي: يعني: نُظِر ولوحِظ.

الشَّرَّين: يعني: الضَّررين.

وقد ورد في عبارة أخرى للقاعدة:

(يُختَار أخفُّ الضَّررين).

المعنى الإجمالي

إذا تقابل ضرران، ولم يقع أحدهما بعد، وكان أحدهما أعظم من الآخر، وأشدّ في نفسه؛ فإنَّه يُرتَكَب الضَّرر الأخفّ، والأهون؛ لإزالة الضَّرر الأشد.

② **الأدلَّة على القاعدتين**

يمكن أن يُستدلّ لهاتين القاعدين، بعموم الأدلَّة المتقدِّمة في القاعدة السَّابقة؛ وذلك أنَّه لا فرق في مراعاة شدَّة الضَّرر وخفَّته، بين أن يكون الضَّرر واقعًا، أو مُتوقَّعًا.

③ **أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدتين**

١- لو أنَّ شخصًا به جرحٌ، إذا سجد سال دمه، وإن لم يسجد لم يسلْ؛ فإنَّه يُشرَع له أن يُصلِّي بدون سجودٍ؛ لأنَّه قد تقابل في حقِّه ضرران: إمَّا ترك السُّجود، وإمَّا الصَّلاة مع الحدث، والصَّلاة مع الحدث أعظم ضررًا من ترك السُّجود، فيُراعَى الضَّرر الأعظم، بارتكاب الضَّرر الأخف، كما أنَّ ترك السُّجود يدفع عنه ضررًا؛ وهو سيلان الدَّم، فيُختَار أهون الشَّرَّين.

٢- لو أنَّ شيخًا كبيرًا لا يستطيع القراءة في الصَّلاة قائمًا، ويستطيع القراءة قاعدًا؛ فإنَّه يُشرَع له أن يُصلي قاعدًا؛ لأنَّه قد تقابل في حقِّه ضرران: إمَّا أن يترُك القراءة في الصَّلاة، وإمَّا أن يترَك القيام، وترك القراءة في الصَّلاة أعظم ضررًا من ترك القيام، فيُراعَى الضَّرر الأعظم بارتكاب الضَّرر الأخفّ، ويُختار أهون الشَّرَّين.

٣- أنَّه إذا لم يمكن القيام ببعض ما تدعُو إليه الضَّرورة من الطَّاعات؛ كالأذان، والإمامة، وتعليم القرآن والفقه، إلا بأخذ الأجرة عليها؛ فإنَّه يُشرَع دفع الأجرة، وأخذها على هذه الأعمال؛ لأنَّ في ترك القيام بمثل هذه الأمور ضررًا أعظم من ضرر أخذ الأجرة عليها، فيُراعَى أعظم الضَّررين بارتكاب أخفّهما، ويُختار أهون الشَّرَّين.

٤- أنَّه إذا لم يمكن إنقاذ الجنين في بطن الأمّ الحامل، إلا بشقّ بطنها، وكانت حياته مرجوَّةً؛ فإنَّه يجوز شقّ بطنها في هذه الحالة، وخاصّة في هذا الزَّمان الذي تيسَّرت فيه العمليات الجراحيَّة؛ لأنَّ الضَّرر في موت الولد أعظم من الضَّرر في شقّ بطن الأمّ، فيُراعَى أعظم الضَّررين بارتكاب أخفّهما، ويُختار أهون الشَّرَّين.

④ **علاقتها بالقاعدة الكبرى**

هذه القاعدة تمثِّل **إحدى صور مفهوم المخالفة لقاعدة:** (الضَّرر لا يُزَال بمثله)، التي هي قيدٌ لقاعدة: (الضَّرر يُزَال)، كما تقدَّم في القاعدة السَّابقة.

تنبيه

ذهب بعض العلماء والباحثين، إلى أنَّ القواعد الثَّلاث:

١- الضَّرر الأشدّ يُزال بالضَّرر الأخف.

٢- إذا تعارض مفسدتان رُوعيَ أعظمهما ضررًا بارتكاب أخفِّهما.

٣- يُختار أهون الشَّرَّين.

بمعنًى واحد، وهذا ظاهرٌ من تأمُّل نصوص القواعد الثَّلاث.

إلا أنَّ الشَّيخ (أحمد الزَّرقا)، قد مال إلى التَّفريق بينها؛ ووجه الفرق بينها:

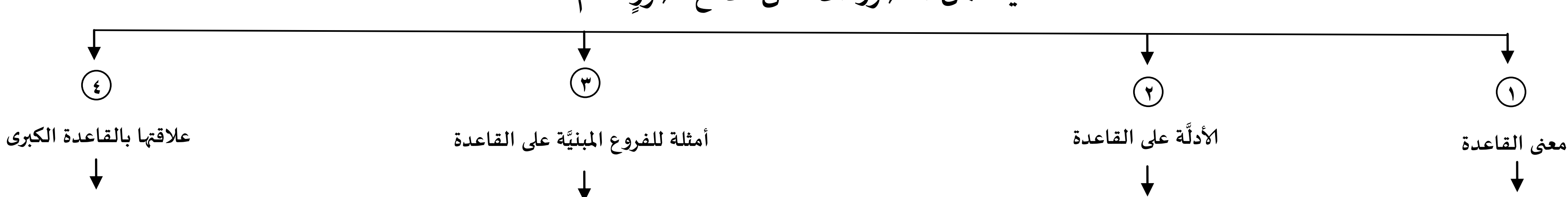
أنَّ تخصيص القاعدة الأولى؛ بِمَا إذا كَانَ الضَّرَر الأشد وَاقعًا، وَأمكن إِزَالَته بالضَّرر الأخفّ، كَمَا فِي الْأَمْثِلَة المسوقة فِيهَا.

وتخصيص القاعدتين الأخريين؛ بِمَا إذا تعَارض الضَّرران، وَلم يَقع أَحدهمَا بعد.

ثمَّ قال: "وَهَذَا أحسن من دَعْوَى التّكْرَار؛ إِذْ التأسيس أولى من التَّأْكِيد إذا أمكن. وَإِلَى هَذَا التَّخْصِيص يُشِير التَّعْبِير بـ(يُزَال) فِي الأولى، وبـ(تعارض) فِي الثَّانِيَة".

٥

يُتَحَمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عام



١ معنى القاعدة

أنَّه إذا تقابل ضرران، وكان أحدهما عامًّا، والآخر خاصًّا؛ فإنَّه يُرتكب الضَّرر الخاص، لإزالة الضَّرر العام.

٢ الأدلَّة على القاعدة

ما ورد عَنْ زَيْدِ بْنِ وَهْبٍ، قَالَ: مَرَرْتُ بِالرَّبَذَةِ، فَإِذَا أَنَا بِأَبِي ذَرٍّ ﷺ، فَقُلْتُ لَهُ: مَا أَنْزَلَكَ مَنْزِلَكَ هَذَا؟ قَالَ: "كُنْتُ بِالشَّأْمِ، فَاخْتَلَفْتُ أَنَا وَمُعَاوِيَةُ ﷺ فِي: ﴿وَالَّذِينَ يَكْنِزُونَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾[التوبة: ٣٤]"، قَالَ مُعَاوِيَةُ ﷺ: "نَزَلَتْ فِي أَهْلِ الكِتَابِ"، فَقُلْتُ: "نَزَلَتْ فِينَا وَفِيهِمْ، فَكَانَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ فِي ذَاكَ، وَكَتَبَ إِلَى عُثْمَانَ ﷺ يَشْكُونِي، فَكَتَبَ إِلَيَّ عُثْمَانُ: "أَنِ اقْدَمِ المَدِينَةَ"، فَقَدِمْتُهَا، فَكَثُرَ عَلَيَّ النَّاسُ [يسألونه عن سبب خروجه من دمشق وعما جرى بينه وبين معاوية ﷺ]، حَتَّى كَأَنَّهُمْ لَمْ يَرَوْنِي قَبْلَ ذَلِكَ، فَذَكَرْتُ ذَاكَ لِعُثْمَانَ، فَقَالَ لِي: "إِنْ شِئْتَ تَنَحَّيْتَ [اعتزلت وتباعدت]، فَكُنْتَ قَرِيبًا"، "فَذَاكَ الَّذِي أَنْزَلَنِي هَذَا المَنْزِلَ، وَلَوْ أَمَّرُوا عَلَيَّ حَبَشِيًّا لَسَمِعْتُ وَأَطَعْتُ". أخرجه البخاري

وجه الدّلالة: أنَّ انتقال أبي ذرٍّ ﷺ إلى الرَّبَذَةِ [موضع على ثلاث مراحل من المدينة، فيه قبره ﷺ] ضرر خاص به؛ لما يترتَّب عليه من حرمانه من المكث في المكان الذي يرغبه، وفي بقائه في الشَّام أو المدينة ضررٌ عامٌ؛ لما يترتَّب عليه من حدوث المنازعة للإمام، فرجّح عثمانُ ﷺ جانب دفع الضَّرر العام، على جانب دفع الضَّرر الخاص، واحتمل أبو ذرٍّ ﷺ ذلك أيضًا.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ لشخصٍ جدارًا، قد مال على الطَّريق العام، ويُخشَى سقوطه على المارّين؛ فإنَّه يُشرَع إجباره على هدم هذا الجدار؛ لأنَّه وإن كان فيه ضررٌ في هدمه، إلا أنَّه ضررٌ خاص، وما يقع بالمارّين ضررٌ عامٌ، ويُتَحَمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عامٍ.

٢- لو وُجِدَ مُفتٍ ماجنٌ [هو الذي يُعلِّم العوام الحيل الباطلة]، أو مبتدع، أو طبيب جاهل، أو مُكارٍ مُفلِس [هو الذي يتقبَّل الكراء -أي: الأجرة-، ويؤجِّر الدَّواب، وليس عنده دواب] ونحوهم؛ فإنَّه يُشرَع الحجر عليهم؛ لأنَّه وإن كان فيه ضررٌ على كلٍّ واحد منهم، إلا أنَّه ضررٌ خاص، وما يقع للنَّاس؛ من إفساد دينهم، وتضييع أرواحهم وأموالهم، ضررٌ عام، فيُتَحَمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عامٍ.

٣- لو أنَّ بعض التُّجار عمَدَ إلى شراء ما يحتاج إليه النَّاس من الطَّعام، فحبسه عنهم بقصد إغلائه عليهم [يُسمَّى الاحتكار]؛ فإنَّه يجب على وليِّ الأمر، أن يأمره بالبيع؛ إزالةً للضَّرر عن عامَّة النَّاس، ويجوز لوليّ الأمر في هذه الحالة أن يُسعِّر على التَّاجر، فيُكرهه على البيع بقيمة المثل؛ لأنَّه وإن كان فيه ضررًا على التَّاجر، إلا أنَّه ضررٌ خاصٌ، وما يقع بالنَّاس من الحاجة إلى الطَّعام، مع غلاء سعره ضررٌ عامٌ، فيُتَحَمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عامٍ.

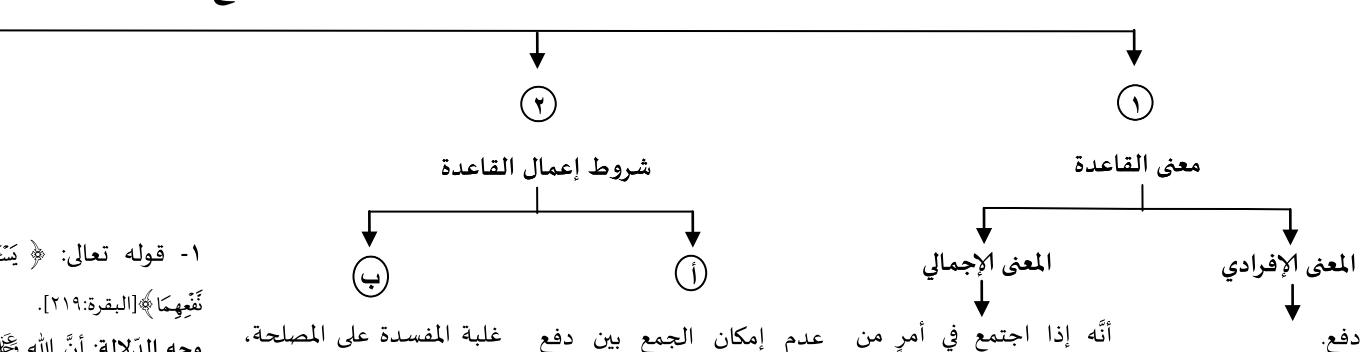
٤- أنَّ الكفّار قد يتترَّسون بأسرى المسلمين في حال الحرب، وقد يؤدِّي ذلك إلى إضرارٍ بالمسلمين، ما لو تركوا رميهم، فيجوز الرَّمي إليهم في هذه الحالة، وإن كان فيه ضرر على أسرى المسلمين، ويُتَحَمَّل الضَّرر الخاص لدفع ضررٍ عامٍ.

٤ علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُمثِّل **إحدى صور مفهوم المخالفة لقاعدة:** (الضَّرر لا يُزال بمثله)، التي هي قيدٌ لقاعدة: (الضَّرر يُزَال)؛ وذلك أنَّه إذا كان الضَّرر لا يُزال بمثله، فإنَّ مفهوم المخالفة من ذلك، أنَّه يُزال بما هو أقلّ منه، ومن صور ذلك: كون أحد الضَّررين خاصًّا، وقد أفادت هذه القاعدة: أنَّه ينبغي احتماله؛ لتقع به إزالة الضَّرر العام.

(٦)

درء المفاسد أولى من جلب المصالح



المعنى الإفرادي

درء: أي: دفع.

المفاسد: جمع مفسدة، وهي ضدّ المصلحة، وهي تفيد معنى الضَّرر؛ ولذلك فإنَّه قد يُعبَّر عنها بالضَّرر، وقد يُعبَّر عنها بالشَّرّ، وقد يُعبَّر عنها بالسَّيئة، وقد يُعبَّر عنها بسببها المؤدّي إليها.

أولى: أي: أرجح وأحقّ بالتّقديم، ولذلك ورد في بعض ألفاظ القاعدة، التّعبير بلفظ: (مُقدَّم).

جلب: مقابلٌ للدّرء، وأصله الإتيان بالشَّيء من موضعٍ إلى موضعٍ، **والمراد به هنا: التَّحصيل.**

المصالح: جمع مصلحة؛ وهي: المنفعة، وقد يُعبَّر عنها بالمنفعة، وقد يُعبَّر عنها بالحسنة، وقد يُعبَّر عنها بسببها المؤدّي إليها.

المعنى الإجمالي

أنَّه إذا اجتمع في أمرٍ من الأمور مفسدةٌ ومصلحةٌ؛ فإنَّه يجب تقديم الإتيان بالأمر على الوجه الذي يتأدَّى به دفع المفسدة، وتجنُّب الإتيان به على الوجه الذي يتأدَّى به تحصيل المصلحة.

شروط إعمال القاعدة

(أ) عدم إمكان الجمع بين دفع المفسدة، وجلب المصلحة، في تصرُّفٍ واحد.

ولذلك فإنَّه لو أمكن دفع المفسدة، وجلب المصلحة؛ بالإتيان بالفعل على وجهٍ واحدٍ، فإنَّه لا يُقال بتحقُّق إعمال هذه القاعدة.

(ب) غلبة المفسدة على المصلحة، ولذلك فإنَّه لو غلبت المصلحة على المفسدة، أو تساوتا -على القول بإمكان التَّساوي بينهما-؛ فإنَّه لا يُقال في الجملة بإعمال هذه القاعدة.

الأدلَّة على القاعدة

١- قوله تعالى: ﴿يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا﴾[البقرة:٢١٩].

وجه الدّلالة: أنَّ الله ﷻ قد بيَّن هنا أنَّ في الخمر والميسر إثمًا كبيرًا -وهو مفسدةٌ-، وفيهما منافع للنَّاس -وهي مصلحةٌ-، إلا أنَّ مفسدتهما أعظم من مصلحتهما، ولمَّا كان الأمر كذلك، حرَّمهما الله ﷻ؛ من أجل دفع تلك المفاسد الغالبة.

٢- عَنْ أَبِي سَعِيدٍ الْخُدْرِيِّ ﷺ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «إِيَّاكُمْ وَالْجُلُوسَ فِي الطُّرُقَاتِ» قَالُوا: يَا رَسُولَ اللهِ مَا لَنَا مِنْ مَجَالِسِنَا بُدٌّ نَتَحَدَّثُ فِيهَا، قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «فَإِذَا أَبَيْتُمْ إِلَّا الْمَجْلِسَ فَأَعْطُوا الطَّرِيقَ حَقَّهُ» قَالُوا: وَمَا حَقُّ الطَّرِيقِ؟ قَالَ: «غَضُّ الْبَصَرِ، وَكَفُّ الْأَذَى، وَرَدُّ السَّلَامِ وَالْأَمْرُ بِالْمَعْرُوفِ، وَالنَّهْيُ عَنِ الْمُنْكَرِ». متَّفق عليه

وجه الدّلالة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ نهى عن الجلوس في الطُّرقات، أوّلاً جلوسًا لا يحصل به أداء حقّ الطَّريق؛ لما فيه من مفسدةِ تضيّيق الطَّريق، والاشتغال بأحوال من يمرُّ فيه، وما يشتمل عليه من مفاسد؛ كالغيبة، ووقوع البصر على ما يُكرَه، أو يحرُم النَّظر إليه، مع أنَّه قد يحصُل بالجلوس في الطَّريق مصلحةٌ لمن عمل بحقّه، إلا أنَّ المفسدة أغلب؛ لأنَّها أقرب في الوقوع من المصلحة هنا، فكان درء المفاسد مقدَّمًا على جلب المصالح.

٣- ما ورد في القاعدة السَّابقة من قصَّة اختلاف أَبِي ذَرٍّ ﷺ وَمُعَاوِيَةُ ﷺ فِي: ﴿وَٱلَّذِينَ يَكْنِزُونَ ٱلذَّهَبَ وَٱلْفِضَّةَ وَلَا يُنفِقُونَهَا فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾[التوبة: ٣٤]"، فَكَثُرَ النَّاسُ على أبي ذرٍّ يسألونه عن سبب خروجه من دمشق وعما جرى بينه وبين معاوية ﷺ، حَتَّى كَأَنَّهُمْ لَمْ يَرَوْه قَبْلَ ذَلِكَ، فَذَكَرَ ذَاكَ لِعُثْمَانَ، فَقَالَ له: "إِنْ شِئْتَ تَنَحَّيْتَ [اعتزلت وتباعدت]، فَكُنْتَ قَرِيبًا"، فذهب إلى الرَّبذة، وبقي فيها إلى أن مات ﷺ.

وجه الدّلالة: أنَّ في بقاء أبي ذرٍّ ﷺ في المدينة مصلحةٌ؛ تتمثَّلُ في بثِّ علمه لطلاب العلم، وفيه مفسدةٌ؛ تتمثَّلُ في الأخذ بمذهبه الشَّديد في هذه المسألة، فرجَّح عثمان ﷺ جانب دفع المفسدة على جلب المصلحة.

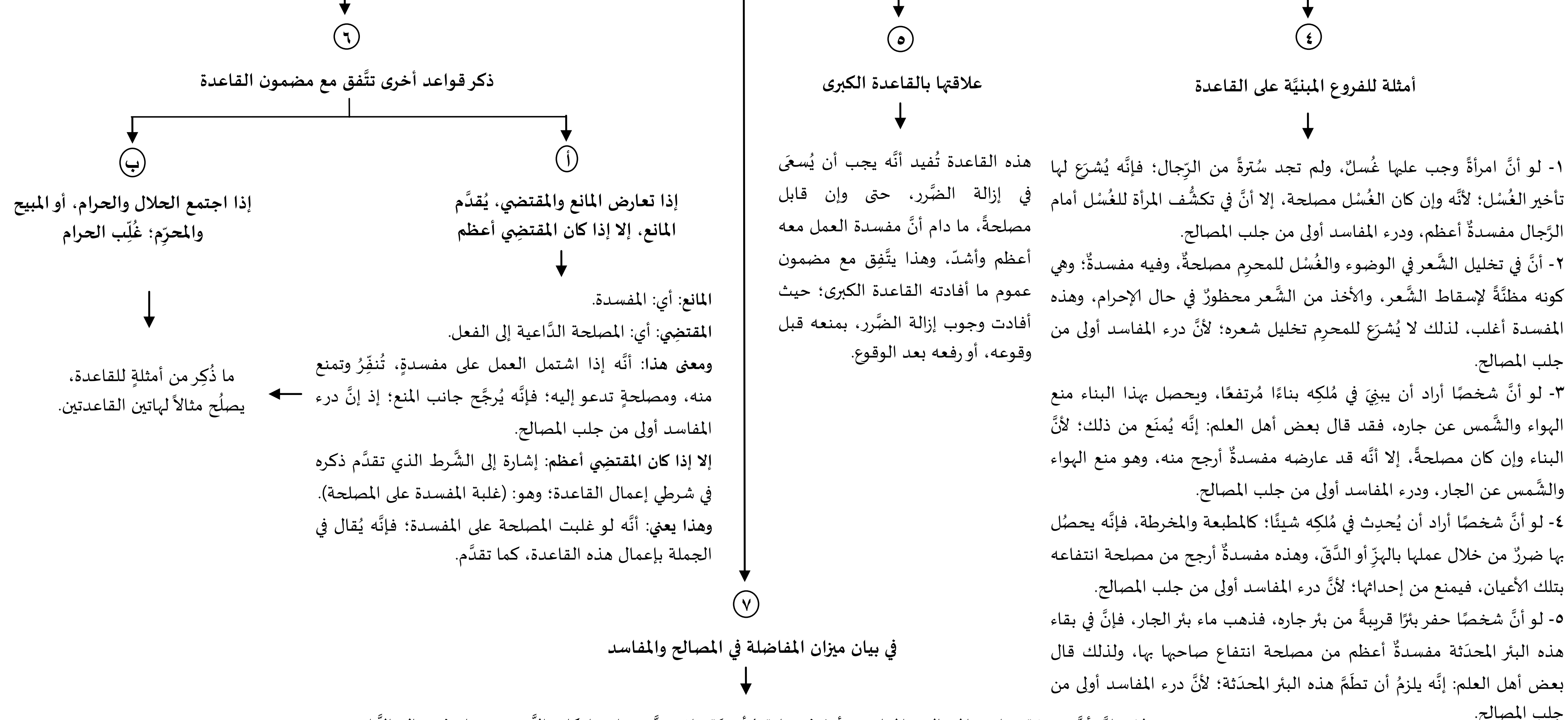
٤- عَنْ عَاصِمِ بْنِ لَقِيطِ بْنِ صَبْرَةَ ﷺ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «وَبَالِغْ فِي الِاسْتِنْشَاقِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ صَائِمًا». أخرجه أصحاب السُّنن

وجه الدّلالة: أنَّ مُطلَق المبالغة في الاستنشاق مصلحةٌ، لما فيه من تحقيق أمر الشَّارع، وهي في حقِّ الصَّائم مفسدةٌ؛ لأنَّها سببٌ لدخول الماء النَّاقض للصَّوم إلى جوفه، وقد نهى عنها النَّبيُّ ﷺ في هذه الحالة، وفيه تقديم دفع المفسدة على جلب المصلحة.

٥- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ قَالَ: «ذَرُونِي مَا تَرَكْتُكُمْ، فَإِنَّمَا هَلَكَ مَنْ كَانَ قَبْلَكُمْ بِكَثْرَةِ سُؤَالِهِمْ وَاخْتِلَافِهِمْ عَلَى أَنْبِيَائِهِمْ، فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ». أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم

وجه الدّلالة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قد قيَّد فعل الأمر بالاستطاعة، ولم يُقيِّد اجتناب النَّهيّ بذلك، بل أمر باجتنابه مُطلَقًا؛ فدلَّ على أنَّ اعتناء الشَّرع باجتناب المنهيّات، أشدّ من اعتنائه بفعل المأمورات، ولذلك فمتى اجتمع في أمرٍ مفسدةٌ ومصلحةٌ، وجب تقديم جانب درء المفسدة؛ لأنَّه من اجتناب المنهيّات، وهو أولى من جلب المصلحة؛ لأنَّه من فعل المأمورات.

وفي الجملة: فجميع ما يُذكَر من أدلَّةٍ لمبدأ (سدِّ الذَّرائع)، فإنَّه يمكن إيراده هنا.



٤

أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ امرأةً وجب عليها غُسلٌ، ولم تجد سُترةً من الرِّجال؛ فإنَّه يُشرَع لها تأخير الغُسْل؛ لأنَّه وإن كان الغُسْل مصلحة، إلا أنَّ في تكشُّف المرأة للغُسْل أمام الرِّجال مفسدةٌ أعظم، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

٢- أنَّ في تخليل الشَّعر في الوضوء والغُسْل للمحرِمِ مصلحةٌ، وفيه مفسدةٌ؛ وهي كونه مظنَّةً لإسقاط الشَّعر، والأخذ من الشَّعر محظورٌ في حال الإحرام، وهذه المفسدة أغلب، لذلك لا يُشرَع للمحرِمِ تخليل شعره؛ لأنَّ درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

٣- لو أنَّ شخصًا أراد أن يبنِيَ في مُلكِه بناءًا مُرتفعًا، ويحصل بهذا البناء منع الهواء والشَّمس عن جاره، فقد قال بعض أهل العلم: إنَّه يُمنَع من ذلك؛ لأنَّ البناء وإن كان مصلحةً، إلا أنَّه قد عارضه مفسدةٌ أرجح منه، وهو منع الهواء والشَّمس عن الجار، ودرء المفاسد أولى من جلب المصالح.

٤- لو أنَّ شخصًا أراد أن يُحدِث في مُلكِه شيئًا؛ كالمطبعة والمخرطة، فإنَّه يحصُل بها ضررٌ من خلال عملها بالهزِّ أو الدَّق، وهذه مفسدةٌ أرجح من مصلحة انتفاعه بتلك الأعيان، فيمنع من إحداثها؛ لأنَّ درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

٥- لو أنَّ شخصًا حفر بئرًا قريبةً من بئر جاره، فذهب ماء بئر الجار، فإنَّ في بقاء هذه البئر المحدَثة مفسدةٌ أعظم من مصلحة انتفاع صاحبها بها، ولذلك قال بعض أهل العلم: إنَّه يلزمُ أن تطَمَّ هذه البئر المحدَثة؛ لأنَّ درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

٥

علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُفيد أنَّه يجب أن يُسعَى في إزالة الضَّرر، حتى وإن قابل مصلحةً، ما دام أنَّ مفسدة العمل معه أعظم وأشدّ، وهذا يتَّفِق مع مضمون عموم ما أفادته القاعدة الكبرى؛ حيث أفادت وجوب إزالة الضَّرر، بمنعه قبل وقوعه، أو رفعه بعد الوقوع.

٦

ذكر قواعد أخرى تتَّفق مع مضمون القاعدة

أ

إذا تعارض المانع والمقتضي، يُقدَّم المانع، إلا إذا كان المقتضِي أعظم

المانع: أي: المفسدة.

المقتضِي: أي: المصلحة الدَّاعية إلى الفعل.

ومعنى هذا: أنَّه إذا اشتمل العمل على مفسدةٍ، تُنفِّرُ وتمنع منه، ومصلحةٍ تدعو إليه؛ فإنَّه يُرجَّح جانب المنع؛ إذ إنَّ درء المفاسد أولى من جلب المصالح.

إلا إذا كان المقتضِي أعظم: إشارة إلى الشَّرط الذي تقدَّم ذكره في شرطي إعمال القاعدة؛ وهو: (غلبة المفسدة على المصلحة).

وهذا يعني: أنَّه لو غلبت المصلحة على المفسدة؛ فإنَّه يُقال في الجملة بإعمال هذه القاعدة، كما تقدَّم.

ب

إذا اجتمع الحلال والحرام، أو المبيح والمحرِّم؛ غُلِّب الحرام

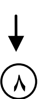
ما ذُكِر من أمثلةٍ للقاعدة، يصلُح مثالاً لهاتين القاعدتين.

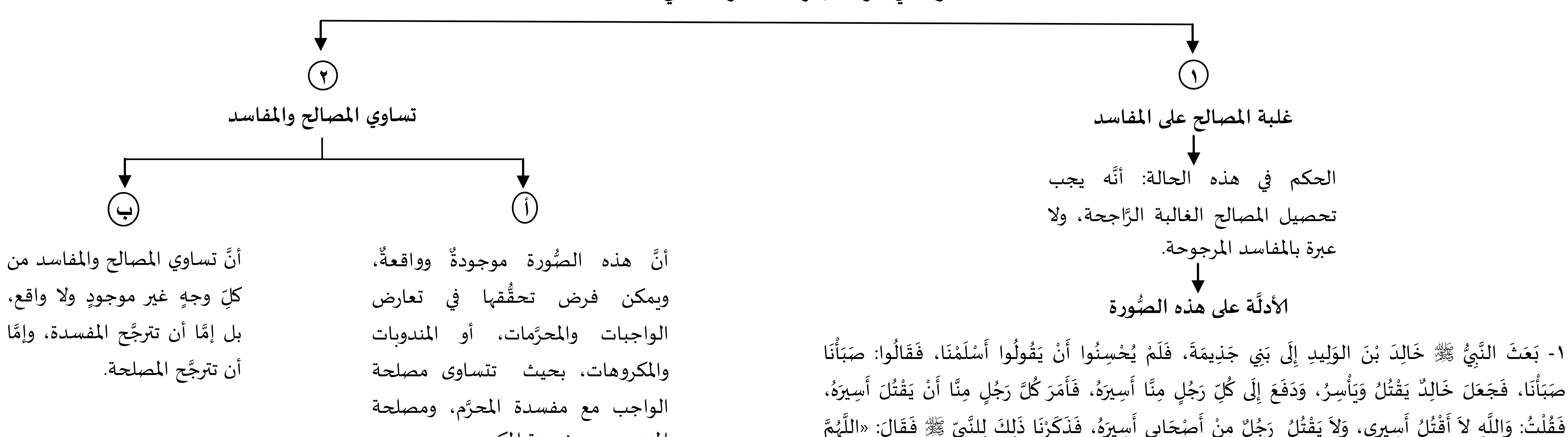
٧

في بيان ميزان المفاضلة في المصالح والمفاسد

لا شكَّ أنَّ معرفة مراتب المصالح والمفاسد، أمرٌ في غاية الأهميَّة؛ إذ يترتَّب عليه إمكان التَّرجيح بينها، في حال التَّزاحم والتَّعارض، ولا يكون ذلك إلا عن طريق القرآن والسُّنَّة، فهما اللذان يُقرِّران ميزان التَّفاضل في سائر الأعمال، ولذلك فإنَّ تتبُّع نصوص الشَّرع واستقراءها، يُفيد في معرفة ما يُمكن أن يُقدَّم من المصالح أو المفاسد عند التَّعارض، وإهمال هذه النُّصوص، أو الجهل بها؛ سببٌ لعدم صحَّة الحكم في هذه الحال؛ لأنَّ الغالب هنا هو حصول الانحراف عن الطَّريق الصَّحيح، في الموازنة والتَّرجيح.

ولهذا فإنَّ الذي يمكن أن يُفوَّض إليه وظيفة الموازنة، بين المصالح والمفاسد في أحكام الشَّرع، هو العالم المجتهد الذي اطَّلع على أدلَّة الشَّرع واستوعبها، وتشبَّع بالنَّظر في تعليلات أحكامه، ومقاصدها العامَّة والخاصَّة، ولا حظَّ في هذا لمن فقد هذه المنزلة، اللهمَّ إلا إذا كان في مصلحة أو مفسدة فرديَّة دنيويَّة، فربما يُوكَل إلى من وقعت له، أو له الخبرة بأمر الموازنة فيها.





يتبع في الصَّفحة التَّالية

١- بَعَثَ النَّبِيُّ ﷺ خَالِدَ بْنَ الوَلِيدِ إِلَى بَنِي جَذِيمَةَ، فَلَمْ يُحْسِنُوا أَنْ يَقُولُوا أَسْلَمْنا، فَقَالُوا: صَبَأْنَا صَبَأْنَا، فَجَعَلَ خَالِدٌ يَقْتُلُ وَيَأْسِرُ، وَدَفَعَ إِلَى كُلِّ رَجُلٍ مِنَّا أَسِيرَهُ، فَأَمَرَ كُلَّ رَجُلٍ مِنَّا أَنْ يَقْتُلَ أَسِيرَهُ، فَقُلْتُ: وَاللَّهِ لاَ أَقْتُلُ أَسِيرِي، وَلاَ يَقْتُلُ رَجُلٌ مِنْ أَصْحَابِي أَسِيرَهُ، فَذَكَرْنَا ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ فَقَالَ: «اللَّهُمَّ إِنِّي أَبْرَأُ إِلَيْكَ مِمَّا صَنَعَ خَالِدُ بْنُ الوَلِيدِ» مَرَّتَيْنِ. أخرجه البخاري

وجه الدَّلالة: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قد غلَّب مصلحة تولية خالد ﷺ للحرب، على مفسدة ما يقع فيه من تجاوزات.

٢- أنَّ النَّبِيَّ ﷺ رَمَى أَهْلَ الطَّائِفِ بِالْمَنْجَنِيقِ. أخرجه ابن هشام، وقال الزيلعي: "ذكره الترمذي في الاستئذان معضلًا، ولم يصل سنده به".

وجه الدَّلالة: أنَّ الرَّمي بالمنجنيق فيه مفسدة قتل النِّساء والصِّبيان، ممَّن لا يُقصَدون بالقتال، وفيه مصلحة قتال الكفار، وقهرهم، وردِّ كيدهم، وهذه المصلحة أعظم؛ لذلك غُلِّبت على المفسدة.

٣- ما ورد في قصَّة أصحاب الأخدود، وفيها أنَّ الغلام أمر بقتل نفسه. أخرجه مسلم

وجه الدَّلالة: أنَّ قتل النَّفس محرَّمٌ، وهو مفسدةٌ، لكن مصلحة ظهور الدِّين، وإنقاذ عددٍ كبيرٍ من المسلمين مصلحةٌ، وهذه المصلحة أعظم؛ لذلك غُلِّبت على المفسدة.

من أمثلة هذه الصُّورة

١- لو أنَّ شخصًا مات أبوه وعليه دين، وقد ترك الأب مالاً فيه شبهة؛ فإنَّه يجب على الولد أن يُسدِّد هذا الدَّين الواجب من المال المشتبِه، ولا يدع ذمَّة أبيه مرتهنةً؛ لأنَّ السَّداد من المال المشتبِه مفسدةٌ، وقضاء الدَّين مصلحة، وهذه المصلحة أعظم؛ لذلك يُغلَّب جانب جلب المصلحة على جانب درء المفسدة.

٢- أنَّ استجداء النَّاس وسؤالهم المال فيه مفسدةٌ، والتَّكسُّب من المال الذي فيه شبهةٌ، أو دناءة؛ كالحجامة -مثلاً-، فيه مصلحةٌ، وهذه المصلحة أعظم من مفسدة البقاء عالةً على النَّاس؛ لذلك يُغلَّب جانب جلب المصلحة على جانب درء المفسدة.

(٢) تساوي المصالح والمفاسد

اختلفت العلماء في وجودها على رأيين

(١)

أنَّ هذه الصُّورة موجودةٌ وواقعةٌ، ويمكن فرض تحقُّقها في تعارض الواجبات والمحرَّمات، أو المندوبات والمكروهات، بحيث تتساوى مصلحة الواجب مع مفسدة المحرَّم، ومصلحة المندوب مع مفسدة المكروه.

اختلف العلماء في الحُكم هنا على ثلاثة أقوال

(أ)

أنَّ درء المفسدة مقدَّم على جلب المصلحة؛ فإذا تعارض فعل واجب، وترك محرَّم؛ قُدِّم ترك المحرَّم على فعل الواجب، وإذا تعارض مُستحبٌ ومكروه؛ قُدِّم ترك المكروه على فعل المستحب. صرَّح بالأخذ بهذا الرَّأي: (المقري)، و(ابن السُّبكي).

ويُمكن أن يُستدلَّ بالأدلَّة التي سبقت في (صورة غلبة المفاسد على المصالح)؛ فهي تدلُّ بعمومها على أنَّ النَّظر إلى جانب المفاسد هو الأولى، في حال اجتماعها مع المصالح، ما دام أنَّ المصالح غير غالبةٍ. ومن أظهر الأدلَّة قول النَّبيِّ ﷺ: «فَإِذَا أَمَرْتُكُمْ بِشَيْءٍ فَأْتُوا مِنْهُ مَا اسْتَطَعْتُمْ، وَإِذَا نَهَيْتُكُمْ عَنْ شَيْءٍ فَدَعُوهُ»، وقد تقدَّم وجه الاستدلال منه.

(ب)

أنَّ جلب المصلحة مقدَّم على درء المفسدة؛ ويُفهَم هذا القول من تصريح (الزّركشي): بأنَّه إذا تعارض الواجب والمحظور: فإنَّه يُقدَّم الواجب، كما ذكر أنَّ قول الأصوليين: "إذا اختلط الحلال بالحرام، وجب اجتناب الحلال": موضعه في الحلال المباح، أمَّا إذا اختلط الواجب بالمحرَّم، رُوعِيَ مصلحة الواجب.

وكلام الزّركشي هنا مُطلَقٌ يشمل حال التَّساوي وغيرها.

واستدلَّ: بأنَّ النَّبيَّ ﷺ مرَّ بمجلس فيه أخلاطٌ من المشركين والمسلمين، فسلَّم عليهم.

وجه الدّلالة: أنَّ فعل النَّبيِّ ﷺ مُحتملٌ لتحقيق المصلحة؛ وهي السَّلام على المسلمين، ومُحتملٌ لتحقيق المفسدة؛ وهي ابتداء الكفَّار بالسَّلام، وهما أمران متساويان، ومع ذلك قدَّم النَّبيُّ ﷺ تحصيل المصلحة على دفع المفسدة.

(ج)

أنَّ الأمر يختلف بحسب الأحوال؛ فتارةً قد يقع ترجيح المصلحة، وتارةً قد يقع ترجيح المفسدة، وتارةً قد يُقال بالتَّخيِير بينهما، وتارةً قد يُقال بالتَّوقُّف.

وهذا القول مال إليه (العزّ بن عبد السّلام)، و(العلائي)، وتابعه (الحصني)، وهو الذي يظهر في اختيار (شيخ الإسلام ابن تيميَّة).

وهذا القول هو الأقرب إلى الصَّواب؛ بحيث يختلف الحُكم باختلاف الوقائع، والأشخاص، والأحوال، ومن أمثلة هذا: أنَّ المعروف والمنكر المتلازمان قد يتكافآن، وحينئذٍ قد يُقال بصلاحيَّة الأمر، وقد يُقال بصلاحيَّة النَّهي، وقد يُقال بعدم صلاحيَّتهما.

(٢)

أنَّ تساوي المصالح والمفاسد من كلِّ وجهٍ غير موجودٍ ولا واقع، بل إمَّا أن تترجَّح المفسدة، وإمَّا أن تترجَّح المصلحة.

وهذا اختاره (ابن القيّم) في كتابه «مفتاح دار السَّعادة» وتبنَّاه، ولم ينسبه لأحد.

وممَّا استدلَّ به ابن القيّم هنا: أنَّ المصلحة والمفسدة، إذا تقابلتا فهما مؤثِّران، يتدافعان ويتصادمان، وحينئذٍ لا يخلو أمرهما من ثلاثة احتمالات:

(أ)

أن يقع أثرُ كلٍّ من المؤثِّرين، وهذا مُحالٌ؛ لأنَّ الأثرين سيتصادمان في محلٍّ واحد.

(ب)

أن يمتَنِع وجود كلّ واحد من الأثرين، وهذا مُمتنِعٌ؛ لأنَّ هذا ترجيحٌ لأحد الأمرين الجائزين بدون مُرَجّح.

(ج)

أن يقهَر أحدهما الآخر؛ وحينئذٍ يصير الحُكم للغالب، وهذا الاحتمال هو المُتعيِّن، فينبغي المصير إليه.

اعتُرِض على هذا القول: بالوقوع

ومن المعلوم أنَّ الوقوع دليل الجواز؛ فإنَّ النَّاس من تتساوى حسناته وسيئاته، فيبقى على الأعراف بين الجنَّة والنَّار؛ لتقابل مقتضى الثَّواب والعقاب في حقِّه، فإنَّ حسناته قصَّرت به عن دخول النَّار، وسيئاته قصَّرت به عن دخول الجنَّة.

وقد أطال (ابن القيّم) في الجواب عن هذا الاعتراض بجوابين إجمالي وتفصيلي.

والذي يظهر رجحانه هو أنَّ الخلاف هنا قد يؤول إلى اللفظ؛ وذلك أنَّ قصد (ابن القيَّم) من أنَّ المصلحة أو المفسدة لا بُدَّ أن تغلِب إحداهما الأخرى: أنَّه لا يُمكِن أن تُبطِل إحداهما الأخرى في الواقع، ولا يقول بأنَّه يُمكِن تساويهما في نظر المجتهد. وأصحاب القول الأول، وإن قالوا بالتَّساوي بين المصلحة والمفسدة؛ فالتَّساوي عندهم يعني التَّعارض والتَّضاد في نظر العالم، بحيث لا يتبيَّن له رجحان إحداهما على الأخرى، ولا يقولون بأنَّ كلًا من المصلحة والمفسدة تُبطِل الأخرى في الواقع.

فحصل الاتِّفاق -فيما يظهر- على أنَّه لا يُمكن تساوي المصلحة والمفسدة في الواقع، بحيث تُبطِل كلٌّ منهما الأخرى، وأنَّ التَّساوي قد يقع في نظر العالم المجتهِد، فعليه أن يطلُب التَّرجيح بزيادة النَّظر، والتَّأمُّل، والتَّحرِي، والتَّثبُّت، حتى يصل إلى ما يرى أنَّه الصَّواب.

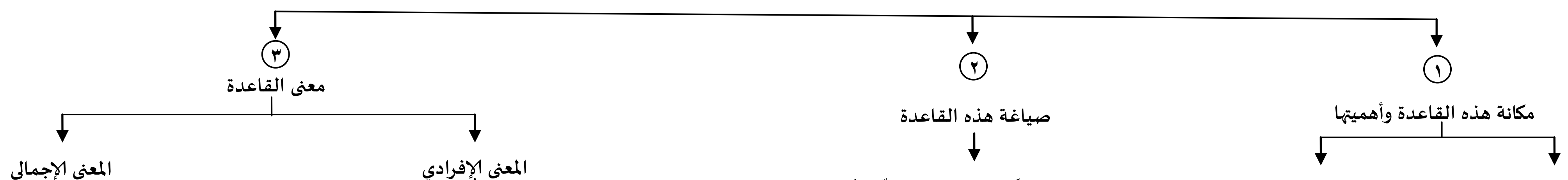
القاعدة الكبرى الخامسة

العادة مُحكَّمة

1. مكانة هذه القاعدة وأهميتها
2. صياغة هذه القاعدة
3. معنى القاعدة
4. الأدلَّة على القاعدة
5. مجال تحكيم العادة، وإعمال القاعدة
6. أقسام العرف والعادة
7. التَّعارض في العادة والعرف
8. شروط اعتبار العادة والعرف
9. القواعد المتفرِّعة عنها

1. استعمال النَّاس حجَّة يجب العمل بها.
2. الحقيقة تُترَك بدلالة العادة.
3. إنَّما تُعتَبَر العادة إذا اطَّردت أو غلبت.
4. العبرة للغالب الشَّائع لا للنَّادر.
5. الكتاب كالخطاب.
6. الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.
7. المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.
8. التَّعيّين بالعُرف كالتَّعيّين
9. المعروف بين التُّجَّار كالمشروط بينهم.
10. لا يُنكَر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان.

العادةُ مُحَكَّمَةٌ



١ مكانة هذه القاعدة وأهميتها

أنَّ هذه القاعدة من القواعد الفقهيَّة ذات الأثر الواسع في أحكام الفقه؛ حيث ترتَبِط هذه القاعدة بتحكيم العُرف، الذي يُعَدُّ مُستَنَدًا لكثيرٍ من الأحكام العمليَّة في شتى أبواب الفقه، وله سلطانه في الكشف عن كيفيَّة تطبيق الأحكام على اختلاف الأحوال.

أنَّ لهذه القاعدة صلةً بعلم أصول الفقه؛ وذلك باعتبارها من أدلَّة الفقه، أو أنَّها تشبه أدلَّة الفقه؛ من حيث إنَّها يُقضَى بها في جزئياتها كأنَّها دليل على ذلك الجزئي، ومن حيث صلتها بالاستدلال؛ حيث يُعَدُّ تحكيم العوائد من أدلَّة الشَّرع عند بعض العلماء، أو أنَّها كاشفةً عن حكم الشَّرع عند بعضهم الآخر.

٢ صياغة هذه القاعدة

بالرَّغم من وجود التَّطبيق العمليّ المبكِّر لأحكام هذه القاعدة، إلا أنَّ ذكرها بهذه الصِّيغة في مدوَّنات القواعد الفقهيَّة قد تأخَّر كثيرًا، على أنَّنا نلحظ أنَّه قد ورد ذكر هذه القاعدة، بألفاظٍ تُشير إلى مضمونها، باعتبارها قاعدةً لدى (الكرخي) في أصوله؛ فقد ورد فيها قوله: "الْأَصْلُ: أَنَّ جَوَابَ السُّؤَالِ يَجْرِيْ عَلَى حَسْبِ مَا تَعَارَفَ كُلُّ قَوْمٍ فِيْ مَكَانِهِمْ".

ثمَّ وردت عند بعض العلماء الإشارة إلى مضمونها بألفاظٍ مُتقاربةٍ، تنحو منحَى الخبر المحض؛ كقولهم: "الرُّجوع إلى العرف في مسائل كثيرة"، و: "الرُّجوع إلى العادة"، ونحوه.

و(السّيوطيّ) هو أوَّل من ذكر هذه القاعدة بهذه الصِّيغة، ثمَّ تتابع العلماء بعد ذلك في إيرادها على نحو ما ذكر.

ولفظ هذه القاعدة بهذه الصِّيغة وردت في مدونات أصول الفقه، قبل ورودها في مدونات القواعد الفقهيَّة، وإن لم يكن قصدهم من إيرادها تشخيص قاعدةٍ فقهيَّة؛ قال إمام الحرمين أبو المعالي الجويني (ت ٤٧٨هـ) في كتابه: «البرهان في أصول الفقه»: "والجملة في ذلك أنَّ التَّواتر من أحكام العادات، ولا مجال لتفصيلات الظّنون فيها، فليتَّخذ النَّاظر العَادة مُحَكَّمَة".

٣ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

العادة: لغة: لفظ مفرد، يُجمَع على عاداتٍ وعوائد، مأخوذة من العَوْد؛ وهي تعني: التَّمادي في الشَّيء، والاستمرار فيه، حتى يصير سجيَّة، وهذا المعنى يقتضي وجود التَّكرار في الأمر مرَّة بعد أخرى.

اصطلاحًا: تكرُّر الأمر مرَّة بعد أخرى، تكرُّرًا يَخرُج عن كونه واقعًا بطريق الاتِّفاق.

واشتمل هذا التَّعريف على ثلاثة أمور:

١- ما يعتادُه الفرد من النَّاس في شؤونه الخاصّة؛ كعادته في أكله وشربه وحديثه، ويُسمَّى هذا العادة الفرديَّة.

٢- ما تعتادُه الجماعة والجماهير من النَّاس ممَّا ينشأ في الأصل عن اتِّجاهٍ عقليٍّ وتفكير، وهو ما يعنيه لفظ (العُرف) عند بعضهم.

٣- الأمر المتكرِّر النَّاشيء عن سببٍ طبيعيٍّ؛ كإسراع البلوغ، ونضج الثِّمار في البلاد الحارَّة.

مُحَكَّمَة: لغة: المنع والفصل والقضاء.

اصطلاحًا: أنَّها المرجع عند النِّزاع.

المعنى الإجمالي

أنَّ العادة -بحسب معناها المتقدِّم- تُجعَلُ مرجعًا، يُفوَّض إليه إثبات الأحكام أو نفيها.

تفاوتت مواقف العلماء في تحقيق مناط هذه المرجعيَّة

١ بعض العلماء يرى أنَّ العادة دليل من أدلَّة الأحكام؛ وعليه قدماء علماء الحنفيَّة والمالكيَّة، وهو ظاهر عبارة الشيخ (أحمد الزرقا).

٢ وبعضهم يرى أنَّ العادة لا تصلُح دليلاً لإثبات حكمٍ شرعيّ، ونسبه بعضهم للجمهور، بناءًا على ما فهمه من كلامهم في مباحث التَّخصيص؛ حيث لم يجوّزوا تخصيص النَّصّ بالعادة والعرف.

ويُمكِن التَّقريب بين هاتين الوجهتين بالقول: إنَّ **أصحاب الاتِّجاه الأوَّل يعنون به:** كون العادة والعُرف، مرجعًا للإثبات عند الاختلاف، مع عدم وجود الدَّليل النَّقليّ في المسألة، وهذا في الظَّاهر لا يُنكِرُه أصحاب الاتِّجاه الثَّاني. **وأصحاب الاتِّجاه الثَّاني يعنون به:** عدم الاعتماد على العادة والعُرف، كدليل مستقلٍّ في بناء الأحكام، بدون النَّظر إلى موافقة الدَّليل النَّقليّ، أو مخالفته، وقد يعنون به: عدم قدرة العادة والعُرف الحادث على تخصيص النَّصّ، وهذا في الظَّاهر لا يُنكِرُه أصحاب الاتّجاه الأوَّل.

العادةُ مُحَكَّمَةٌ



دلَّ على القاعدة أدلَّة كثيرة من القرآن والسُّنَّة؛ تفيد بمجموعها: تسويغ الاحتجاج بالعادة، والرُّجوع إليها في بناء الأحكام؛ ومنها:

١- قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾[البقرة:٢٣٣]، **وجه الدّلالة**: أنَّ الله تعالى علَّق أمر النَّفقة على الزَّوجة على المقدار المتعارف عليه، فتُعطَى الزَّوجة من النَّفقة ما تُعطاه مثلها في العُرف، وينبغي للزَّوج أن لا يُقصِّر إن إعطائها مقدار نفقة مثلها في العُرف والعادة، وهذا دليل على إعمال العادة والالتفات إليها في بناء الأحكام.

٢- قوله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ ٱللَّهُ بِٱللَّغْوِ فِىٓ أَيْمَٰنِكُمْ وَلَٰكِن يُؤَاخِذُكُم بِمَا عَقَّدتُّمُ ٱلْأَيْمَٰنَ ۖ فَكَفَّٰرَتُهُۥٓ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَٰكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾[المائدة:٨٩]، **وجه الدّلالة**: أنَّ الله تعالى علَّق أمر كفارة اليمين إذا كانت إطعامًا بكونه من أوسط طعام الأهل، وفي هذا إحالة على العادة؛ فإنَّ الوسط هنا غير مُقدَّرٍ تحديدًا، وإنَّما مرجعه إلى ما يكون وسطًا في العادة، وهذا دليل على إعمال العادة والالتفات إليها في بناء الأحكام.

٣- دَخَلَتْ هِنْدٌ بِنْتُ عُتْبَةَ امْرَأَةُ أَبِي سُفْيَانَ عَلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ، فَقَالَتْ: يَا رَسُولَ اللهِ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ، لَا يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَيَكْفِي بَنِيَّ إِلَّا مَا أَخَذْتُ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ، فَهَلْ عَلَيَّ فِي ذَلِكَ مِنْ جُنَاحٍ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «خُذِي مِنْ مَالِهِ بِالْمَعْرُوفِ مَا يَكْفِيكِ وَيَكْفِي بَنِيكِ» أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم، **وجه الدّلالة**: أنَّ الرَّسول ﷺ أباح لها أن تأخذ من مال زوجها كفايتها من النَّفقة، وقيَّد ذلك بأنَّه على ضوء العُرف، أي: على مستوى عادتها، وعادة زوجها، وهذا دليل على إعمال العادة والالتفات إليها في بناء الأحكام.

٤- عَنِ ابْنِ عُمَرَ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ قال: «الْمِكْيَالُ مِكْيَالُ أَهْلِ الْمَدِينَةِ، وَالْوَزْنُ وَزْنُ أَهْلِ مَكَّةَ» أخرجه أبو داود والنّسائي، وصححه الألباني، **وجه الدّلالة**: أنَّ أهل المدينة لمَّا كانوا أهل زراعة، اعتُبِرَت عادتهم في مقدار الكيل، وأهل مكّة لمَّا كانوا أهل متاجر اعتُبِرَت عادتهم في مقدار الوزن، والمراد بذلك فيما يُطلَب تقديره شرعًا؛ كنُصُب الزّكوات، ومقدار الدّيّات، وزكاة الفطر، والكفّارات، ونحو ذلك، وهذا دليل على إعمال العادة والالتفات إليها في بناء الأحكام.

٥- مَا وَرَدَ أَنَّ نَاقَةً لِلْبَرَاءِ بْنِ عَازِبٍ دَخَلَتْ حَائِطاً فَأَفْسَدَتْ فيهِ، فَقَضَى رَسُولُ اللهِ ﷺ عَلَى أَهْلِ الأَرْضِ حِفْظَهَا بِالنَّهَارِ، وَعَلَى أَهْلِ الْمَوَاشِي حِفْظَهَا بِاللَّيْلِ. أخرجه مالك وأحمد، وصححه الألباني، **وجه الدّلالة**: أنَّ النَّبيَّ ﷺ قد قضَى على ما جرت به عادة النَّاس؛ فإنَّ عادتهم إرسال مواشيهم بالنَّهار للرّعي، وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل المزارع أن يكونوا في مزارعهم بالنَّهار دون الليل، وقضاء النَّبيّ ﷺ بموجب ذلك دليل على إعمال العادة والالتفات إليها في بناء الأحكام.

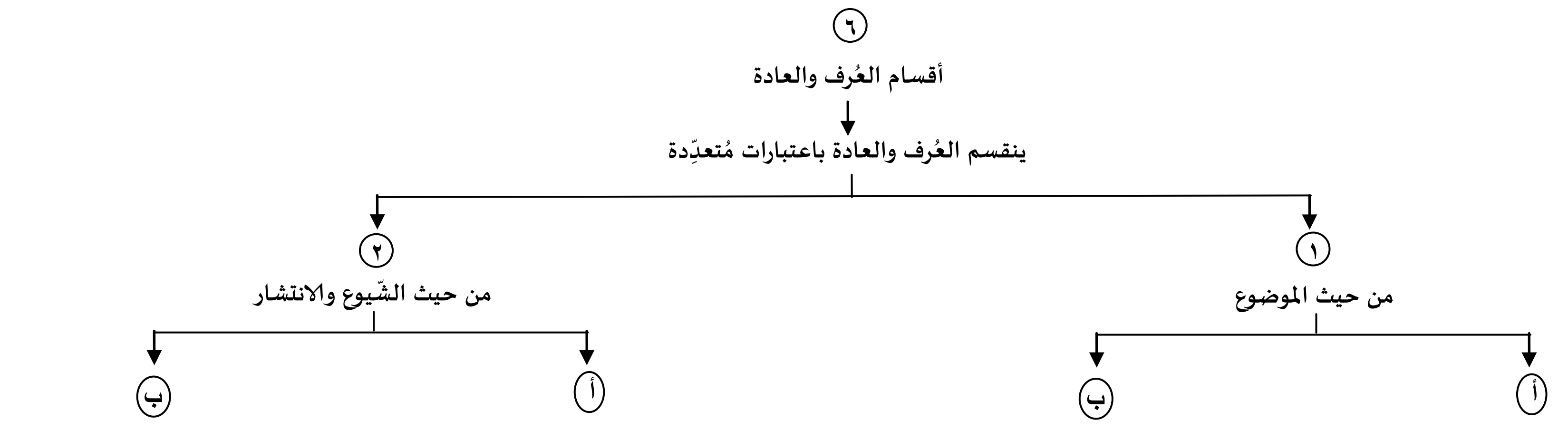
بناءًا على تقدَّم فإنَّ العادة تُحكَّم في أمرين

أ

إنشاء حكمٍ جديدٍ وتأسيسه، ولا بُدَّ أن تكون العادة هنا ملائمةً لأحكام الشَّريعة؛ بأن تتَّفق مع نصوص الشَّريعة، ولا تخالفها بأيِّ وجهٍ، والعادة هنا تستند في الواقع إلى المصلحة، فدليل المصلحة يُعدُّ دليلاً على العادة، غير أنَّ العادة تكتَسِب قوَّةً باتّفاق المسلمين على العمل بها، ومن ضمنهم العلماء.

ب

في ضبط أمر حكمٍ في الشَّرع، وذلك أنَّ الأمور التي أطلَق الشَّرع الحكم فيها ولم يضبطها، ولم يردِ في اللغة ما يضبطها؛ يُرجَعُ في ضبطها إلى العادة والعُرف، وفي هذا يقول ابن السّبكي: "قَالَ الْفُقَهَاءُ: كُلُّ مَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ مُطْلَقًا، وَلَا ضَابِطَ لَهُ فِيهِ، وَلَا فِي اللُّغَةِ يَحْكُمُ فِيهِ الْعُرْفُ".



العادة اللفظيّة أو العُرف اللفظي

معناه: أن يشيع بين النَّاس استعمال بعض الألفاظ، أو التّراكيب، في معانٍ معيّنة؛ بحيث تُصبح تلك المعاني هي المفهومة، والمتبادرة إلى الأذهان عند إطلاق تلك الألفاظ، من غير حاجة إلى قرينة، أو علاقة عقليّة.

من أمثلته:

١- إطلاق لفظ (البيت) في بعض البلاد مثل (تونس) بمعنى: (الغرفة). وإطلاق لفظ (الدّار) في بعض البلاد كـ(الكويت) بمعنى: (الغرفة) أيضًا. وفي أغلب البلدان يُستعمَل هذان اللفظان؛ وهما: (البيت، والدّار)، بمعنى جميع البيت، وجميع الدّار.

٢- إطلاق لفظ (الولد) على الذكر دون الأنثى، مع أنَّ للفظ الولد معنىً خاصًا في اللغة؛ فهو يُطلَق على الذّكر والأنثى.

العادة العمليّة أو العُرف العمليّ

معناه: اعتياد النَّاس على بعض الأفعال، والمراد بذلك: الأفعال في الأمور العادية، وفي المعاملات.

من أمثلته في الأمور العادية: اعتياد بعض النّاس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل، أو لبس أنواعٍ مخصوصة من اللباس، أو أكل أنواع معيّنة من الأكل.

من أمثلته في المعاملات:

١- اعتياد النَّاس عند شراء الأشياء الثّقيلة أن يكون حملها على البائع.

٢- اعتياد النَّاس تقسيط الأجور السّنويّة إلى قسطين أو أكثر.

٣- اعتياد بعض النَّاس تعجيل جزءٍ من المهر، وتأجيل الباقي إلى ما بعد الطّلاق، أو الوفاة.

العادة العامّة أو العُرف العام

معناه: أن يكون العمل في أمرٍ من الأمور فاشيًا، في جميع البلاد، وبين جميع النّاس.

من أمثلته: جريان (عقود الاستصناع) في كثير من الحاجات، واللوازم التي يحتاجها النَّاس؛ كالأطعمة، والألبسة، والأحذية، والبنيان، ونحو ذلك.

العادة الخاصّة أو العُرف الخاص

معناه: أن يكون العمل مُقتصِرًا على مكانٍ، أو بلدٍ دون بقيّة البلدان، أو يكون مُقتصِرًا على فئة من النَّاس دون غيرها.

والأعراف الخاصّة كثيرة ومتنوعة؛ نظرًا لكثرة البلدان، وتعدّد فئات النَّاس.

من أمثلته:

١- استعمال لفظ: (البيت) أو (الدّار) بمعنى: (الغرفة)؛ فإنَّ هذا الاستعمال مقتصِرٌ على بلاد مُعيّنة، كما سبق بيان ذلك.

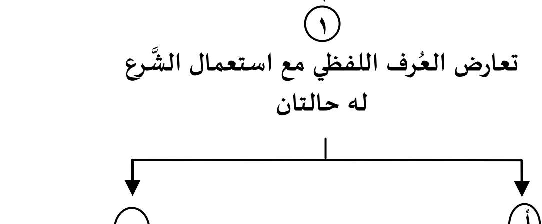
٢- دفع جزءٍ من أجرة العامل عند بدء العمل، وتقسيط الباقي على مراحل العمل؛ فإنَّ ذلك عملٌ خاصٌّ ببعض فئات النَّاس.

تنبيه

ممَّا ينبغي التّنبيه عليه: أنَّه لا تعارض بين هذين التَّقسيمين؛ فقد يكون العُرف اللفظيّ عامًّا، وقد يكون خاصًّا، ومثله العُرف العمليّ. وكذلك العُرف العام قد يكون لفظيًّا، وقد يكون عمليًّا، ومثله العُرف الخاص.

(٧) التَّعارض في العُرف والعادة

التَّعارض له أحوالٌ، يقتضِي كلٌّ منها أحكامًا تخصُّه



(١) تعارض العُرف اللفظي مع استعمال الشَّرع

له حالتان

(أ) أن لا يُعلِّق الشَّرع باللفظ أحكامًا: فيُقدَّم العُرف اللفظي على استعمال الشَّرع

مثال ذلك: ألفاظ: (البساط، والسّقف، والسّراج)، استُعمِلت في الشَّرع بمعنى: (الأرض، والسّماء، والشّمس)، ولم يُعلّق بها أحكامًا في معانيها الخاصّة المعروفة.

ولذلك: فمن حلف: "أن لا يجلس على بساطٍ، أو تحت سقفٍ، أو في ضوء سراج": فإنَّه لا يحنث بالجلوس على الأرض، وإن سمّاها الله تعالى: (بساطًا)، ولا يحنث بالجلوس تحت السّماء، وإن سمّاها الله تعالى: (سقفًا)، ولا يحنث بالجلوس في ضوء الشّمس، وإن سمَّاها الله تعالى: (سراجًا).

(ب) أن يُعلِّق الشَّرع باللفظ أحكامًا؛ فيُقدَّم استعمال الشَّرع على العُرف

مثال ذلك: لفظ (الصّلاة) استعملَه الشَّرع في الصَّلاة المعروفة، وعلَّق به أحكامًا، وله معنًى في العُرف؛ وهو: (مُطلَق الدُّعاء)؛ فيُقدَّم هنا استعمال الشَّرع.

ولذلك: فمن حلف: "لا يُصلّي"؛ فإنَّه يحنث بالصّلاة الشَّرعيّة المعروفة، ولا يحنث بمطلق الدّعاء.

وكذا لفظ (الصّيام) استعملَه الشَّرع في الصّيام المعروف، وعلّق به أحكامًا، وله معنًى في العرف؛ وهو: (مُطلَق الإمساك)؛ فيُقدَّم هنا استعمال الشَّرع.

ولذلك: فمن حلف: "لا يصوم"؛ فإنَّه يحنث بالصّيام الشّرعيّ، ولا يحنث بمطلق الإمساك.

(٢) تعارض العُرف اللفظي مع اللغة

الحنفيّة والمالكيّة والأقلّ من الشّافعيّة: يرون تقديم العُرف اللفظيّ، على اللغة عندما يتعارضان.

أكثر الشّافعيّة: يرون تقديم اللغة.

الحنابلة: عندهم التّفصيل: أنَّ العُرف إن كان ظاهرًا، بحيث أصبح حقيقةً عُرفيّة؛ فإنَّه يُقدَّم على اللغة، وإن لم يكن العُرف ظاهرًا، ففي المقدَّم خلافٌ عندهم.

من الأمثلة المخرَّجة في هذه المسألة على القول بتقديم العُرف

١- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يأكل رأسًا"، ففي هذا المثال تعارض العُرف اللفظيّ واللغة، فاللغة تُفيد شمول هذا التّعبير لجميع الرؤوس، والعُرف يفيد تخصيص هذا التّعبير برؤوس الأنعام، فلا يحنث هذا الشَّخص إلا بأكل رؤوس الأنعام خاصّة.

٢- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يأكل خبزًا"، والحال أنَّ هذا الحالف من أهل اليمن، فإنَّ لفظ (الخبز) لغةً يشمل جميع أنواع الخبز، وعُرف أهل اليمن؛ يقصُر ذلك على خبز الذُّرة، فلا يحنث هذا الشَّخص إلا بأكل خبز الذُّرة.

٣- لو أنَّ شخصًا أوصى للقُرَّاء، فإنَّ لفظ (القُرَّاء) لغةً يشمل من يقدر على القراءة، ولو كان من غير حفظ، والعُرف خصّص لفظ (القُرَّاء) بمن يقرأ من حفظه، فهل يدخل في هذه الوصية من يقدر على قراءة القرآن ولكنه لا يحفظه؟ فعلى القول بتقديم العُرف: لا يدخل هذا الشَّخص في هذه الوصية.

٤- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يأكل شواءًا"؛ فإنَّ لفظ (الشِّواء) لغةً يشمل كلَّ أنواع الشِّواء،

(٣) تعارض العُرف الخاص مع العرف العام

له حالتان

(أ) أن يكون موضوع العُرف ممَّا أقرّت الشَّريعة اختلاف الأعراف فيه.

وفي هذه الحالة نجد أنَّ أكثر العلماء يرون: أنَّ العُرف الخص مُعتَبر، وإن خالف عُرفًا عامًّا

من أمثلته:

١- لو أنَّ رجلاً كان عملُه بالليل وسكونه بالنَّهار؛ كالحرّاس؛ فإنَّ عماد القَسْم بين نسائه هو النَّهار، وإن كان مُخالِفًا للعُرف العام.

٢- لو أنَّ قومًا كانت عادتهم حفظ زرعهم ليلاً، وحفظ مواشيهم نهارًا؛ فإنَّ عادتهم مُعتَبرة، وإن كانت مُخالِفة للعُرف العام.

(ب) أن يكون موضوع العُرف ممَّا كان للشَّريعة مدخلٌ في تحديده

وفي هذه الحالة لا يُعتَبر العُرف الخاص

من أمثلته:

١- لو جرت عادة شخصٍ أنَّه إذا اقترض، ردَّ أكثر ممَّا اقترض؛ فإنَّ عادته غير مُعتَبرة؛ لأنَّها مُخالفةٌ للعُرف العام الذي قرَّره الشَّرع.

٢- لو أنَّ رجلاً قال لزوجته: مِنْ عادتي أنَّني إذا قلت لك: "أنتِ طالقٌ، فأنا لا أقصد الطّلاق، ولكن أقصد أن تقومي وتقعدي"، ثمَّ قال لها مرَّة: أنتِ طالق؛ فإنَّ عادته غير مُعتَبرة؛ لأنَّها مُخالفةٌ للعُرف العام الذي قرَّره الشَّرع.

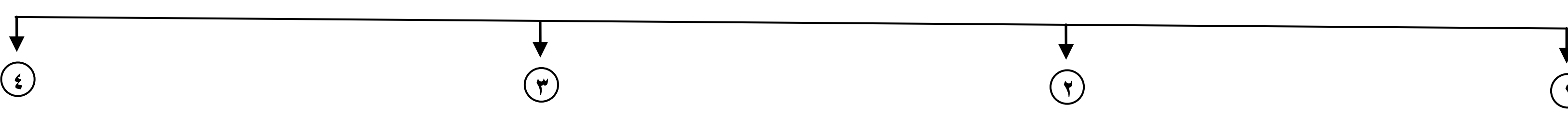
وقد جعل (الزّركشي) ضابط التَّرجيح هنا: (النَّظر إلى كون الخصوص محصورًا؛ فيُقدَّم حينئذٍ العُرف العام، أو كون الخصوص غير محصور؛ فيُقدَّم العُرف الخاص).

قال رحمه الله: "الْحَالَةُ الثَّالِثَةُ: تَعَارُضُ الْعُرْفِ الْعَامِّ وَالْخَاصِّ: فَإِنْ كَانَ (الْخُصُوصُ) مَحْصُورًا لَمْ يُؤَثِّرْ؛ كَمَا لَوْ كَانَ عَادَةُ امْرَأَةٍ فِي الْحَيْضِ أَقَلَّ مَا اسْتَقَرَّ مِنْ (عَادَةِ) النِّسَاءِ رَدَّتْ إلَى الْغَالِبِ فِي الْأَصَحِّ، وَقِيلَ: تَعْتَبِرُ عَادَتَهَا.

وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَحْصُورٍ اُعْتُبِرَ؛ كَمَا لَوْ جَرَتْ عَادَةُ قَوْمٍ بِحِفْظِ (زُرُوعِهِمْ) لَيْلًا، وَمَوَاشِيهِمْ نَهَارًا، فَهَلْ يَنْزِلُ ذَلِكَ مَنْزِلَةَ الْعُرْفِ الْعَامِّ؟ فِي الْعَكْسِ وَجْهَانِ: أَصَحُّهُمَا نَعَمْ"اهـ.

⑧

شروط اعتبار العُرف والعادة



①

أن يكون العُرف مطّردًا أو غالبًا؛ ومعناه: أن يكون العمل بالعُرف والعادة مُستمرًّا في جميع الحوادث لا يتخلّف، أو مستمرًّا في أكل الحوادث، بحيث لا يتخلّف العمل به إلا قليلاً.

وهذا الشّرط يُعبَّر عنه بقاعدةٍ سيأتي بيانها؛ وهي قاعدة: (إنَّما تُعتبر العادة إذا اطّردت أو غلبت).

②

أن يكون العُرف المراد تحكيمه قائمًا، وموجودًا عند إنشاء التَّصرُّف، ويُعبّر عن هذا الشَّرط بقاعدةٍ نصُّها: (العرف الذي تُحمَل عليه الألفاظ إنّما هو المقارن السَّابق دون المتأخِّر)، وينبَنِي على هذا أنَّ الألفاظ لا تُفسَّر بالأعراف السَّابقة عليها، أو المتأخِّرة عنها.

فمثلاً: لو أنَّ شخصًا في بلادنا أقرَّ: "بأنَّ في ذمَّته لفلانٍ دينًا قدره مائة ريال"، فإنَّ الرّيال يُفسّر بالرّيال السّعوديّ الورقي؛ لأنَّ تفسيره بذلك هو العرف المقارن، ولو أنَّه أقرَّ له بذلك ولكن من دينٍ كان قبل سبعين سنةً؛ فإنَّ الرّيال لا يصحُّ أن يُفسَّر بالرّيال الورقيّ؛ لأنَّ تفسيره بالرّيال الورقيّ يُعدُّ عرفًا مُتأخِّرًا.

③

أن لا يُعارِض العُرف تصريحٌ بخلافه، فلو عارضه تصريحٌ بخلافه؛ فإنَّ العُرف يُهمَل، ويُؤخذ بالتَّصريح، ويُعدُّ العُرف هنا من قبيل الدّلالة، وقد تقدَّم نحو هذا في قاعدة: (لا عبرة للدّلالة في مقابلة التَّصريح).

فمثلاً: لو صرّح مُؤجِّر السّيارة التي جرَى العُرف باستعمالها في حمل الأمتعة، بمنع المستأجِر من استعمالها في ذلك؛ فإنَّه لا يجوز للمستأجِر استعمالها في الحمل استنادًا إلى العُرف؛ وذلك لوجود التَّصريح بخلافه.

④

أن لا يُعارِض العُرفَ نصٌّ شرعيٌّ خاصٌّ، بحيث يؤدِّي العمل بالعُرف إلى تعطيل النَّصّ، فإذا عارض العُرفَ نصٌّ شرعيٌّ خاصٌّ بالحادثة التي يُراد تطبيق العُرف عليها؛ فإنَّه لا اعتبار بالعُرف، فيُهمَل العُرف، ويُؤخذ بالنَّصِّ الشَّرعيّ.

فمثلاً: لو جرى التَّعامل في بلدٍ ما بتجارة الخمر، أو الرِّبا؛ فإنَّه لا اعتبار لهذا العُرف؛ لأنَّه نصوصًا خاصَّةً بتحريم الخمر والرِّبا.

وهذا يعني: أنَّه لو عارض العُرفَ نصٌّ عامٌّ؛ فإنَّ العُرف لا يُهمَل، بشرط أن يكون العُرف عامًّا، وقائمًا عند ورود النَّصّ، فيُعمَل به وبالنَّصّ؛ وذلك بحمل النَّصّ على ما أفاده العُرف.

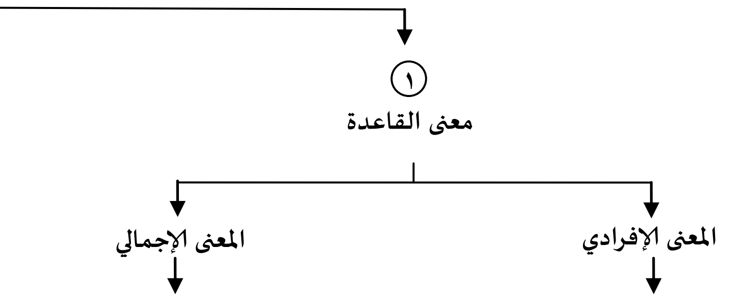
مثالُه: أنَّه ورد النَّصُّ العام بالنَّهيّ عن أن يبيع الإنسان ما ليس عنده، والعمل بالاستصناع كان عرفًا عامًّا وقائمًا عند ورود هذا النَّصّ، وهو من قبيل بيع الإنسان ما ليس عنده، وقد جوّز الفقهاء العمل به تخصيصًا للنَّصّ العام بهذا العُرف العام.

القاعدة الكبرى الخامسة

العادة مُحكَّمة

1. استعمال النَّاس حجَّة يجب العمل بها.
2. الحقيقة تُترَك بدلالة العادة.
3. إنَّما تُعتَبَر العادة إذا اطَّردت أو غلبت.
4. العبرة للغالب الشَّائع لا للنَّادر.
5. الكتاب كالخطاب.
6. الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان.
7. المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا.
8. التَّعيّين بالعُرف كالتَّعيّين النَّصّ.
9. المعروف بين التُّجَّار المشروط بينهم.
10. لا يُنكَر تغيُّر الأحكام بتغيُّر الأزمان.

(١١) استعمال النَّاس حجَّة يجب العمل بها



(١) معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

استعمال النَّاس: الاستعمال هنا يحتَمِل ثلاثة معانٍ:

الأوَّل: تكرُّر الأمر من قِبل النَّاس، وحينئذٍ يكون لفظ (الاستعمال) هنا مُرادِفًا للفظ (العادة).

الثَّاني: ما يُقابِل الوضع والحمل؛ وهو: إطلاق اللفظ على معنًى معيَّن، سواء أُريد به مسمَّاه، أو أُريد به غير مسمَّاه، وحينئذٍ يكون لفظ (الاستعمال) مخصوصًا بـ (العرف اللفظي).

فإرادة المسمَّى هي الاستعمال الحقيقيّ، وإرادة غير المسمَّى هي الاستعمال المجازيّ؛ فيقدَّم الاستعمال الحقيقيّ على المجازيّ حينما تكون الحقيقة أكثر استعمالاً، أو عند تساويهما في الاستعمال؛ لأنَّها الأصل، ويُقدَّم الاستعمال المجازي حينما يكون المجاز أكثر استعمالاً.

الثَّالث: نقل اللفظ عن مسمَّاه الأصليّ إلى مسمَّاه المجازيّ، وغلبة استعماله فيه، وحينئذٍ يكون الاستعمال مخصوصًا بنوعٍ من العُرف اللفظيّ.

حجَّة: يتقرَّر معناه من خلال الالتفات إلى ما تقدَّم تقريره عند الكلام على المراد بـ (**مجال تحكيم العادة وإعمال القاعدة**).

المعنى الإجمالي

يختلِف معنى القاعدة الإجمالي بناءًا على اختلاف المراد بلفظ (الاستعمال):

فإن أُريد به المعنى الأوَّل فسيكون معنى القاعدة: هو ما تقدَّم ذكره في معنى القاعدة الكبرى.

وإن أُريد به المعنى الثَّاني أو الثَّالث فسيكون معنى القاعدة:

أنَّ المرجع في تفسير ألفاظ النَّاس وعباراتهم، هو استعمالهم لها حقيقةً أو مجازًا؛ فإن كان أكثر استعمالهم للفظ في الحقيقة؛ فيكون الحُكم للحقيقة، وإن تساوَى استعمالهم للفظ في الحقيقة والمجاز؛ فقيل: يكون الحُكم للحقيقة، وقيل: يُحمَل الكلام عليهما معًا لتساوي الاستعمال، وإن كان أكثر استعمالهم للفظ في المجاز؛ فيكون الحُكم للمجاز.

والذي يظهَر في هذا المقام هو: ترجيح اختصاص لفظ (الاستعمال) بالمعنيين الثّاني والثَّالث؛ لكون لفظ (الاستعمال) في الاصطلاح الدَّقيق ممَّا يختصّ في عبارات العلماء بجانب الألفاظ.

(٢) الدَّليل على القاعدة

إذا كان لفظ (الاستعمال) بالمعنى الأوَّل؛ فيُستدلُّ عليها بالأدلَّة التي سبق إيرادها في الاستدلال للقاعدة الكبرى.

وإذا كان لفظ (الاستعمال) بالمعنى الثَّاني والثَّالث؛ فيمكن أن يُستدلَّ عليها بدليلٍ من المعنى حاصله: أنَّ العلَّة في ثبوت الأحكام بالألفاظ تتمثَّل في دلالة اللفظ على المعنى المراد للمتكلِّم؛ فإذا كان المعنى مُتعارَفًا عليه بين النَّاس، كان ذلك التَّعارُف دليلاً على أنَّ ذلك المعنى هو المراد باللفظ في الظَّاهر؛ فينبغي أن يُربَط به الحكم.

(٤) علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تفيد في المعنى الرَّاجح لها؛ أنَّ المرجع في تفسير ألفاظ النَّاس وعباراتهم: هو ما جرت به عادتهم في استعمالهم لها حقيقةً أو مجازًا، وهو مضمون ما تفيده القاعدة الكبرى.

(٣) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

إذا فسّرنا لفظ (الاستعمال) بالمعنى الأوَّل؛ فيُمكِن أن نطبِّق عليه الأمثلة التي تقدَّم إيرادها على (العُرف اللفظيّ) و(العُرف العمليّ).

أمَّا الأمثلة على القاعدة إذا فسّرنا لفظ (الاستعمال) بالمعنى الثَّاني والثَّالث؛ فمنها:

١- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يبيع شيئًا"، ثمَّ إنَّه وكّل من باعه عنه؛ فإنَّ البيع حقيقةٌ في البيع بنفسه، مجازٌ في التَّوكيل بالبيع عنه، والاستعمال في الحقيقة هو الأكثر، فيحنث إذا باع بنفسه دون ما إذا وكّل في البيع عنه؛ لأنَّ استعمال النَّاس حجَّة يجب العمل بها.

٢- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا ينكح فلانةً"، ثمَّ إنَّه عقد عليها؛ فإنَّ لفظ النِّكاح حقيقةٌ في الوطء، مجازٌ في العقد، فقد قيل: إنَّه لا يحنث بمجرد عقده عليها؛ لأنَّ استعمال لفظ النِّكاح في الوطء مساوٍ لاستعماله في العقد، فيكون الحكم للحقيقة.

وقيل: يحنث بالعقد وبالوطء من غير عقدٍ؛ لأنَّ استعمال لفظ النِّكاح في الوطء مساوٍ لاستعماله في العقد، فيكون الحُكم لأيٍّ من الحقيقة أو المجاز.

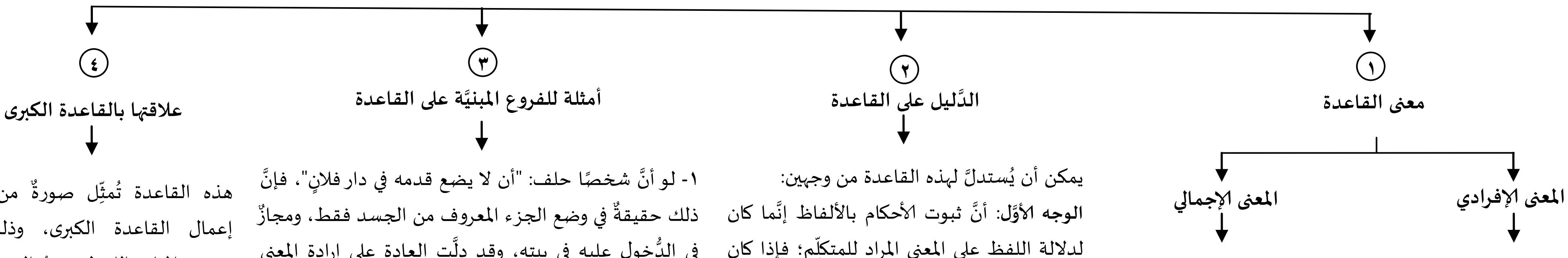
٣- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يأكل من هذه الحنطة"، فإنَّ الأكل من عينها حقيقة، والأكل ممَّا يُستَخرَج منها -كالخبز مثلاً- مجازٌ، والاستعمال في المجاز هو الأكثر؛ فهنا: **قيل**: يحنث إذا أكلها خبزًا فقط. **وقيل**: يحنث إذا أكلها خبزًا، كما يحنَث إذا أكل من عينها. **وقيل**: يحنث إذا أكل من عينها فقط.

٤- لو أنَّ شخصًا حلف: "ليشربنَّ من هذا النَّهر"، فإنَّ الشُّرب من النَّهر حقيقةٌ في الكَرْعِ بفيه، والشُّرب منه بإناءٍ ونحوه مجازٌ، والاستعمال في المجاز هو الأكثر؛ فهنا: **قيل**: يحنث إذا شرب بالإناء ونحوه فقط، **وقيل**: يحنث إذا شرب بالإناء ونحوه، كما يحنث إذا شرب منه كرْعًا بفيه؛ كما يفعلُه أهل البوادي؛ إذ ينبطحون أرضًا، ويكرَعون بأفواههم. **وقيل**: يحنث إذا شرب كرْعًا بفيه فقط.

والملاحظ هنا أنَّ الاختلاف مبنيٌّ على تحقيق معنى (الاستعمال)؛ فمن يرى أنَّ الاستعمال من جهته هو الأولى قال بموجبه، والله أعلم.

(٢) الحقيقةُ تُتْرَكُ بدلالةِ العادة

هذه القاعدة تتعلَّق بموضوع التَّعارض بين العُرف اللفظي واللغة الذي تقدَّم الكلام عليه، والإشارة إلى مذاهب العلماء فيه.
وهذه القاعدة بهذا النَّصّ تُمثِّلُ مذهب الحنفيَّة والمالكيّة والأقل من الشَّافعيَّة، وهو مذهب الحنابلة في حال كون العرف اللفظيّ ظاهرًا.



(١) معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الحقيقة: استعمال اللفظ فيما وضع له في أصل اللغة.
المجاز: استعمال اللفظ في غير ما وضِعَ له، لعلاقة مع وجود القرينة.

المعنى الإجمالي

أنَّه إذا احتمل الكلام للحقيقة والمجاز، ودلَّت العادة على إرادة المجاز؛ فإنَّه يُنتَقَل إلى المعنى الذي دلَّت عليه العادة.

(٢) الدَّليل على القاعدة

يمكن أن يُستدلّ لهذه القاعدة من وجهين:
الوجه الأوَّل: أنَّ ثبوت الأحكام بالألفاظ إنَّما كان لدلالة اللفظ على المعنى المراد للمتكلِّم؛ فإذا كان المعنى مُتعارَفًا عليه بين النَّاس، كان ذلك المعنى المُتعَارَف عليه دليلاً على أنَّه هو المراد في الظَّاهر، فيُرتَّب عليه الحكم.
الوجه الثَّاني: أنَّ جريان العُرف باستعمال لفظٍ في معنًى ما، يجعل ذلك الاستعمال حقيقةً بالنِّسبة للمستعملين، ويجعل إطلاقه على معناه الأصلي في نظرهم مجازًا، ومن المتقرِّر أنَّه إذا دار الاستعمال بين الحقيقة والمجاز ترجَّحت الحقيقة، وهي هنا المعنى الذي جرى به العُرف والعادة.

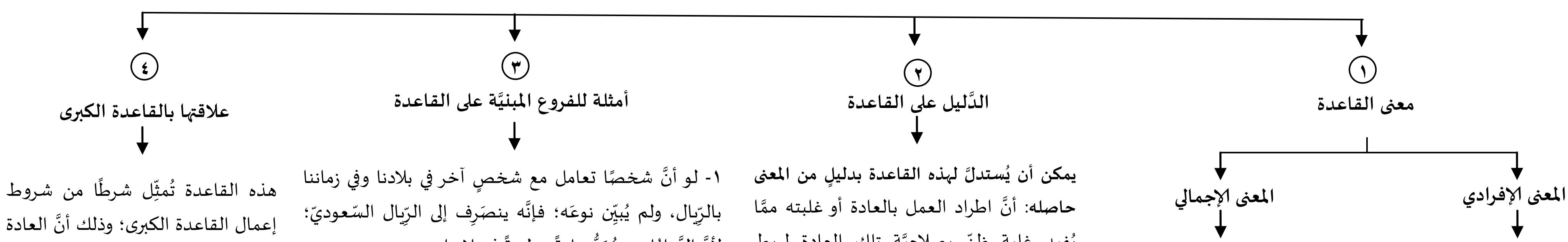
(٣) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يضع قدمه في دار فلانٍ"، فإنَّ ذلك حقيقةٌ في وضع الجزء المعروف من الجسد فقط، ومجازٌ في الدُّخول عليه في بيته، وقد دلَّت العادة على إرادة المعنى المجازي، وترك المعنى الحقيقيّ، فلا يحنث هذا الشَّخص إلا إذا دخل البيت؛ لأنَّ الحقيقةُ تُتْرَكُ بدلالةِ العادة.
٢- لو أنَّ شخصًا حلف: "أن لا يأكل بيضًا"، فإنَّ لفظ البيض حقيقةٌ في كلِّ بيضٍ، ومجازٌ في بعض أنواعه؛ كبيض الدَّجاج، وقد دلَّت العادة على عدم إرادة بيض الحمام أو العصافير، فلا يحنث هذا الشَّخص لو أكل بيض الحمام أو العصافير؛ لأنَّ الحقيقةُ تُتْرَكُ بدلالةِ العادة.

(٤) علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُمثِّل صورةً من صور إعمال القاعدة الكبرى، وذلك أنَّ تحديد المراد باللفظ يَرجِعُ إلى ما جرَت به العادة، فاللفظ قد يُنقَل من حقيقته إلى مجازه بدلالة العادة، وهذا من قبيل تحكيم العادة.

③ إنَّما تُعتَبَرُ العادةُ إذا اطَّرَدَتْ أَو غَلَبَتْ



① معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

إنَّما تُعتَبَرُ العادةُ: أي إنَّما تكون العادة مُحكَّمةً حسب ما تقدَّم.

اطَّرَدَتْ: من الاطراد؛ وهو استمرار العمل بالعادة في جميع الحوادث، وعدم تخلُّفه مُطلقًا.

وقد يُعبَّر عن (الاطراد) بالعموم؛ أي الشُّيوع والاستفاضة للعادة بين أهلها، بحيث يعمّ العمل به جميع النَّاس في البلاد كلِّها، أو في إقليم خاص.

أو غَلَبَتْ: من الغلبة، وهي استمرار العمل بالعادة في أكثر الحوادث، بحيث لا يتخلَّف إلا قليلاً.

المعنى الإجمالي

أنَّ تحكيم العادة مشروطٌ باستمرار العمل بها في جميع الحوادث أو أكثرها، يستوي في ذلك أن يكون العمل عامًّا في جميع البلاد الإسلاميّة، أو خاصًّا ببعضها، وسواءٌ أكان لفظيًّا أم عمليًّا، وقد تقدَّم أنَّه يخرُج بذلك، ما إذا كان العمل بالعادة من قبيل العُرف المشترك.

وهذا المعنى يُعبِّرُ عمَّا سبق ذِكْرُه في الشَّرط الثَّاني من شروط تحكيم العادة.

② الدَّليل على القاعدة

يمكن أن يُستدلَّ لهذه القاعدة بدليلٍ من المعنى حاصله: أنَّ اطراد العمل بالعادة أو غلبته ممَّا يُفيد غلبة ظنٍّ بصلاحيَّة تلك العادة لربط الأحكام بها، وجعلها مرجعًا يُبيِّن مُراد الإنسان من تصرُّفاته، والعمل بغلبة الظَّنِّ واجبٌ، ولا يضرُّ تخلُّف العمل بها في بعض الحوادث؛ لأنَّ هذا أمرٌ نادرٌ، والعبرة في الأحكام تكون للشَّائع الغالب لا للنَّادر.

وهذ بخلاف ما لو كان العمل بالعادة ممَّا يستوي فيه العمل به وتركه، فلا يصلُح مرجعًا هنا؛ لأنَّ العمل به ترجيحٌ لأحد العملين على الآخر بدون مُرجِّح.

③ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا تعامل مع شخصٍ آخر في بلادنا وفي زماننا بالرِّيال، ولم يُبيِّن نوعَه؛ فإنَّه ينصَرِف إلى الرِّيال السّعوديّ؛ لأنَّ التَّعامُل به يُعَدُّ عادةً مطردةً في بلادنا.

٢- أنَّ تحديد أجرة العُمَّال في البناء يكون بقياس كامل مساحته، ويشمَل ذلك موضع الأبواب والنَّوافذ، وإن لم يعمل فيها شيئًا، وهذه عادةٌ مطردةٌ، أو غالبةٌ لدى مقاولي البناء؛ فتُعتَبَرُ هذه العادة.

٣- لو أنَّ شخصًا -في بلادنا- استأجر نجارًا؛ ليعمل له دولابًا، أو حدادًا ليعمل له مظلَّةً؛ فإنَّ العادة المطردة، أو الغالبة قد جرت، بأن تكون المواد على طالب العمل؛ فتُعتَبَرُ هذه العادة.

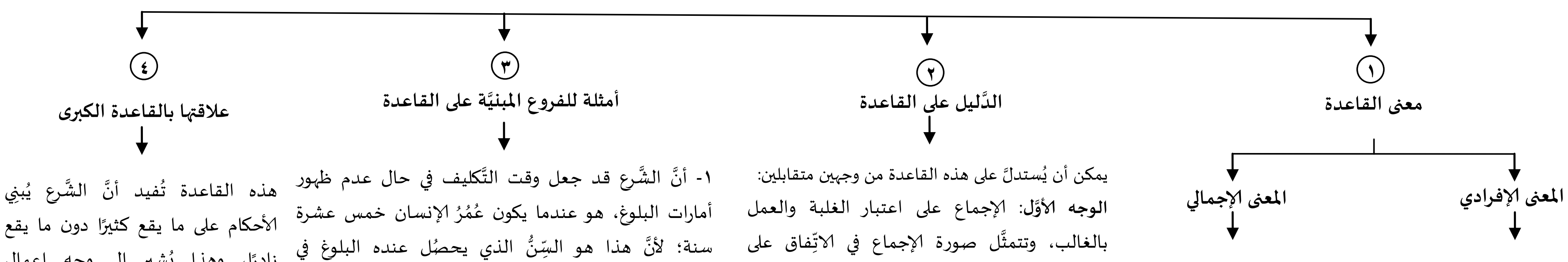
ويمكن أن يُضافَ إلى هذه الأمثلة، ما تقدَّم ذكره عند الكلام على الشَّرط الثَّاني من شروط تحكيم العادة.

④ علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُمثِّل شرطًا من شروط إعمال القاعدة الكبرى؛ وذلك أنَّ العادة وتحكيمها مُقيَّدٌ بكون العمل بها مُستمرًّا في جميع الحوادث، أو أكثرها.

④

العبرة للغالب الشَّائع لا للنَّادر



① معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

العبرة: الاعتداد.

الغالب: من الغلبة؛ وهي الكثرة، والمراد به: ما كان وقوعه كثيرًا.

الشَّائع: من الشُّيوع؛ وهو الانتشار. وهو هنا مرادفٌ للغالب، فإيراده من باب التَّأكيد.

النَّادر: من النُّدرَة؛ وهي القلَّة والشُّذوذ، فهو ضدَّ الغالب، والمراد به: ما كان وقوعه قليلاً شاذًّا.

المعنى الإجمالي

أنَّ الشَّرع يبنِي أحكامه على ما يكثُر وقوعه، وأمَّا ما كان وقوعه قليلاً؛ فإنَّه لا يُلتَفَتُ إليه.

② الدَّليل على القاعدة

يمكن أن يُستدلَّ على هذه القاعدة من وجهين متقابلين:

الوجه الأوَّل: الإجماع على اعتبار الغلبة والعمل بالغالب، وتتمثَّل صورة الإجماع في الاتِّفاق على العمل ببعض الأصول، التي تفيد الظَّنَّ في الجملة؛ كخبر الواحد، والعمومات، والأقيسة ونحوها؛ بسبب غلبة الصِّدق، أو الصِّحة فيها، وإذا غلب فيها ذلك كانت قريبةً من اليقين، ومعلومٌ أنَّ ما قارب الشَّيء أُعطِيَ حكمه.

الوجه الثَّاني: أنَّ اعتبار الشَّيء النَّادر، ومراعاته، وبناء الأحكام عليه، فيه مشقَّةٌ وعسرٌ؛ فطبيعة الشَّيء النَّادر من حيث قلَّة وقوعه وشذوذه، تجعل اعتباره أمرًا مُتعسِّرًا، والمتعسِّر كالمتعذِّر، والمتعذِّر كالممتنع، فيُلغَى اعتبار النَّادر، ويكون الاعتبار للغالب.

③ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- أنَّ الشَّرع قد جعل وقت التَّكليف في حال عدم ظهور أمارات البلوغ، هو عندما يكون عُمُرُ الإنسان خمس عشرة سنة؛ لأنَّ هذا هو السِّنُّ الذي يحصُل عنده البلوغ في الغالب، أمَّا عدم البلوغ عند هذا السِّنّ فهو أمرٌ نادرٌ، وهذا النَّادر لم يلتفت إليه الشَّرع، ولم يُعطِه حكمًا خاصًّا، بل ألحقه بالغالب.

٢- لو أنَّ شخصًا حلف أن لا يأكل من هذا الدَّقيق، فأكل من خبزه، ولم تكن له نيَّة؛ فإنَّه يحنث بالأكل من خبزه، ولا يحنث بالاستفاف؛ وذلك لأنَّ الغالب في أكل الدَّقيق أن يُؤكل خبزًا، واستفافه أمرٌ نادرٌ، والعبرة للغالب الشَّائع لا للنَّادر.

٣- أنَّ حياة المفقود بعد تسعين سنةً من ولادته أمرٌ قليلٌ، وموته بعد هذا السِّنّ هو الغالب، ولذلك لو فُقِد شخصٌ ولم يُعلَم خبره، وتمَّ تسعين سنةً من ولادته؛ فإنَّه يُحكَم بموته، ويُقسم ماله بين ورثته؛ لأنَّ العبرة للغالب الشَّائع لا للنَّادر.

④ علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُفيد أنَّ الشَّرع يُبني الأحكام على ما يقع كثيرًا دون ما يقع نادرًا، وهذا يُشير إلى وجه إعمال القاعدة الكبرى؛ حيث إنَّ تحكيم العادة مُلتفَتٌ فيه إلى تكرُّر وقوعها بحيث يكون غالبًا شائعًا.

⑤ حكم النَّادر

تقرَّر لدينا في هذه القاعدة: أنَّ الحكم يكون للغالب لا للنَّادر، إلا أنَّه ينبغي التَّنبيه إلى أنَّه عند إعطاء الحكم للغالب، فإنَّ النَّادر لا يخلو من حالتين:

(أ) أن يُلغَى النَّادر، فلا يُلتَفَت إليه، ولا يُلحَق بالغالب في الحكم، وهذا يمكن في حال عدم كون النَّادر من جنس الغالب، وأمكن مراعاة فرده بدون عسرٍ -وذلك كما ورد في المثال الثَّاني فيما سبق-: فإنَّ استفاف الدَّقيق ليس من جنس الأكل في العادة، ولا يعسُر مراعاته بحكمٍ يخصُّه لتميُّزه عن الأكل المعتاد، ولذلك لو حصل أنَّه استفَّ الدَّقيق، وقد حلف أن لا يأكله، فإنَّ فِعْلَهُ هذا لا يُلتَفَتُ إليه، فلا يحنث به.

(ب) أن لا يُلغَى النَّادر، بل يُلحَق بالغالب في الحكم، وهذا يمكن أن يكون في حال كون النَّادر من جنس الغالب، مع عسر مراعاة فرده بحكمٍ يخصُّه، لعدم انضباطه، أو لاشتباهه، -وذلك كما ورد في المثالين الأوَّل والثَّالث فيما سبق-: فإنَّ الشَّخص الذي يكون عمره خمسة عشرة عامًا فأكثر، يُعَدُّ من جنس البالغين حكمًا، ويعسر مراعاته بحكم يخصُّه، لتفاوت النَّاس في هذا الأمر، فيُلحَق بالغالب، ويُعطَى حكم البالغين حقيقةً.

وكذلك من يعيش بعد سنّ التِّسعين، وهو مفقودٌ؛ فإنَّه يُعَدُّ من جنس الأموات حكمًا، ويعسر مراعاته بحكم يخصُّه؛ للاشتباه في حقِّه، بسبب الجهل بحاله، ولذلك فإنَّ من فُقِدَ، ولم يُعلَم خبره، وتمَّ تسعين سنةً من ولادته؛ فإنَّه يُحكم بموته، إلحاقًا له بالغالب.

٥

الكتاب كالخطاب

١ الدَّليل على القاعدة

دلَّ على هذه القاعدة عمل النَّبيِّ ﷺ، وعمل أصحابه ﷺ من بعده؛ فقد كان النَّبيُّ ﷺ يُرسل رسله إلى القبائل وزعمائها، وإلى الملوك يدعوهم إلى الإسلام، وكان يلزمهم مضمون تلك الكتب، ويترتَّب عليها ما يترتَّبُ على مُخاطبة غيرهم: من أحكام بلوغ الدَّعوة الذي هو شرطٌ للتَّكليف، وكان يُرسل سُعاته إلى القبائل بعد إسلامها؛ ليُبلِّغوهم أحكام الإسلام، أو ليُنفِّذوا حكمًا شرعيًّا؛ كجباية الزَّكاة ونحوها.

وكذا كان خلفاؤه من بعده يُرسِلون الكتب إلى الأمراء والقضاة في الآفاق؛ ليُبلِّغوهم حكمًا شرعيًّا، أو توجيهًا دنيويًّا، وكان عملهم قائمًا على لزوم تنفيذ ما تضمَّنته تلك الكتب من غير نكيرٍ منهم؛ فيكون ذلك إجماعًا منهم على عدِّ الكتاب كالخطاب.

٢ معنى القاعدة

أنَّ المكاتبة تُعطَى حكم المخاطبة؛ من جهة ما يُشتَرَط في كلٍّ منهما، وما يترتَّب عليهما من الأحكام.

٣ شروط إعمال القاعدة

يُشترط لإعمال هذه القاعدة الشُّروط الآتية

أ

أن يكون الكتاب مستبينًا، أي أن يكون ظاهرًا واضحًا، فلا عبرة بالكتاب غير المستبين: كالكتابة على الماء أو الهواء ونحوهما، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، ولا يثبت به شيء من الأحكام وإن نوى.

ب

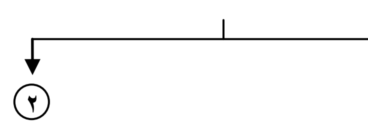
أن يكون الكتاب مرسومًا؛ أي: أن يكون مكتوبًا على الوجه المعتاد، في الخطّ، والمخطوط عليه.

فأمَّا الخطَّ: فبأن يكون معنونًا بقوله: "من فلان ابن فلان إلى فلان ابن فلان"، أو أن يكون مذيلاً بإمضائه، أو ختمه.

وأمَّا المخطوط عليه: فبأن يكون على الورق المعتاد في الكتابة، فلا عبرة بالكتابة على الجدار، أو على ورق الشَّجر، إلا بانضمام شيء آخر إليه؛ كالنِّيَّة، والإشهاد عليه، والإملاء على الغير حتى يكتبه؛ لأنَّ الكتابة قد تكون للتَّجربة، وقد تكون للتَّحقيق، وبهذه الأشياء تتعيَّن الجهة.

ج

أن يكون الكتاب من الغائب، فلا عبرة بالكتاب من الحاضر إلا في حالتين:



١- العجز عن الخطاب، فيمكن اعتبار الكتاب ولو كان من حاضرٍ؛ وذلك لأنَّ الكتاب بدلٌ عن الخطاب، والبدل لا يقوم مقام المُبْدَل، إلا في حال العجز عن المُبْدَل.

٢- أن يكون الكتاب فيما لا يُفتَقَر في ثبوت حكمه إلى الاطِّلاع عليه، وبعبارة أخرى: أن يكون فيما يستقلُّ به الإنسان، فيكون ممَّا لا يحتاج إلى القبول من الطَّرف الآخر؛ وذلك كالإقرار والطَّلاق والإبراء؛ فإنَّه يثبُت حكمها بالكتاب، ولو كان من حاضر.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا كتب لآخر كتابًا، وفيه: "بعتُك داري الواقعة بمكان كذا، بكذا"، فقبِلَ المرسل إليه البيع بذلك المبلغ؛ فإنَّ البيع ينعقد، كما لو كان ذلك خطابًا بالمشافهة.

٢- لو أنَّ رجلاً كتب لزوجته كتابًا، وفيه: "أنتِ طالقٌ"؛ فإنَّ الطَّلاق يقع بذلك، كما لو تلفَّظ بالطَّلاق مُشافهةً.

وممَّا يتَّصل بأمثلة هذه القاعدة: ما لو نقل كاتبٌ من كتب الحديث، أو الفقه، دون أن يتَّصل للنَّاقل السَّند إلى مؤلِّفها؛ فإنَّ ذلك يجوز، اعتمادًا على الكتابة.

٤ علاقتها بالقاعدة الكبرى

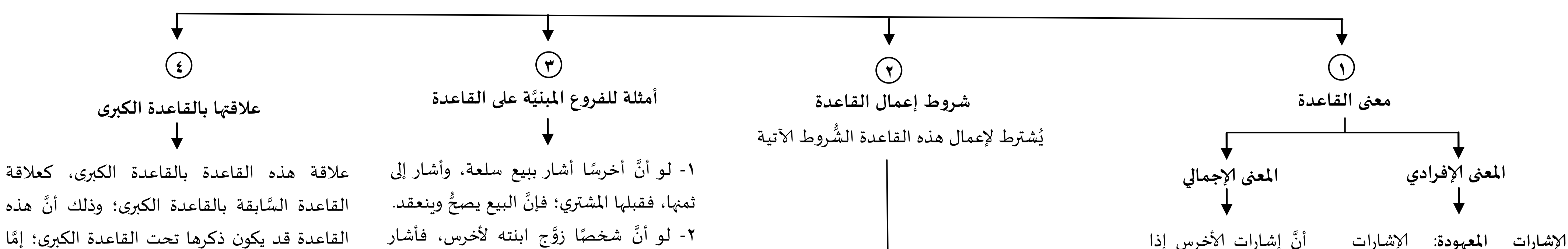
هذه القاعدة قد يكون ذكرها تحت القاعدة الكبرى: إمَّا من باب التَّفرُّع، وإمَّا من باب المجانسة.

فأمَّا كونها من باب التَّفرُّع؛ فلأنَّها تمثِّل صورةً من صور تحكيم العادة؛ حيث إنَّه قد تكرَّر عمل النَّاس بالكتاب، وأقاموه مقام الخطاب في مواطن كثيرة، فتُعتَبَرُ عادتهم في هذا الشَّأن.

وأمَّا كونها من باب المجانسة؛ فلأنَّ الكتابة تشترك مع العادة في أنَّ كلاً منهما يؤدِّي معنًى، وهو غير لفظٍ، فناسب أن يُذكَر مع العادة ما يُجانسها، ممَّا يفيد معنًى، وهو غير لفظ.

⑥

الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان



① معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الإشارات المعهودة: الإشارات المعتادة المعلومة.

الأخرس: يُقصَدُ به من لا يستطيع النُّطق من الأصل، وهذا يُخرِج من كان مُستطيعًا للكلام، أو كان الخرس عارضًا له.

كالبيان باللسان: أي: كالتَّلفُّظ بالقول.

المعنى الإجمالي

أنَّ إشارات الأخرس إذا كانت مُعتادَةً معلومةً؛ فإنَّها تُعتَبَرُ وتقوم مقام التَّلفُّظ بالقول، فتُعطَى أحكامه.

② شروط إعمال القاعدة

يُشترط لإعمال هذه القاعدة الشُّروط الآتية

أ أن يكون الخرس أصليًّا لا عارضًا، والخرس العارض هو: اعتقال اللسان، فلا تُعتَبَرُ إشارة الأخرس في هذه الحالة، إلا إذا استمرَّ خرسه، أو كانت هناك حاجةٌ أو ضرورةٌ لاعتبار إشارته، ولو لم يستمرَّ خرسه.

ب أن لا تكون إشارته فيما يُطلَبُ فيه الاحتياط؛ كالحدود، والشَّهادات؛ لأنَّ إشارة الأخرس مُحتملة، فلا تثبُت تلك الأمور بشيء محتمل.

ج أن لا يكون قادرًا على الكتابة، وهذا ممَّا اشترطه بعض العلماء، **ولعل وجه هذا الشَّرط:** أنَّ الإشارة والكتابة بدلٌ عن النُّطق، والإشارة مُحتملة، والكتابة غير مُحتملة، فلا ينبغي ترك غير المحتمل إلى المحتمل، إلا في حال العجز.

إلا أنَّ أكثر العلماء على عدم اشتراط هذا الشَّرط، **ولعلَّ وجه عدم اشتراطه:** أنَّ الإشارة المعهودة المعلومة من الأخرس تُقارِب النُّطق في تحقُّق دلالتها على مراد الأخرس، فتكون كالكتابة في الدّلالة، فيكونان معًا بدلاً عن النُّطق، فأيُّهما تحقَّق كان كافيًا.

③ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ أخرسًا أشار ببيع سلعة، وأشار إلى ثمنها، فقبلها المشتري؛ فإنَّ البيع يصحُّ وينعقد.

٢- لو أنَّ شخصًا زوَّج ابنته لأخرس، فأشار الأخرس بالقبول؛ فإنَّ النِّكاح يصحُّ وينعقد.

④ علاقتها بالقاعدة الكبرى

علاقة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى، كعلاقة القاعدة السَّابقة بالقاعدة الكبرى؛ وذلك أنَّ هذه القاعدة قد يكون ذكرها تحت القاعدة الكبرى؛ إمَّا من باب التَّفرُّع، وإمَّا من باب المجانسة.

فأمَّا كونها من باب التَّفرُّع؛ فلأنَّها تمثِّل صورةً من صور تحكيم العادة؛ حيث إنَّه قد تكرَّر عمل النَّاس بإشارة الأخرس، وأقاموه مقام النُّطق باللسان في مواطن كثيرة، فتُعتَبَرُ عادتهم في هذا الشَّأن.

وأمَّا كونها من باب المجانسة؛ فلأنَّ الإشارة تشترك مع العادة في أنَّ كلاًّ منهما يؤدِّي معنًى، وهو غير لفظٍ، فناسب أن يُذكَر مع العادة ما يُجانسها، ممَّا يفيد معنًى، وهو غير لفظ.

تنبيه

قد تُعتَبَر الإشارة من القادر على الكلام، وذلك في موضعين:

١- أن يكون محلّ الإشارة ممَّا يسعَى الشَّرع إلى وقوعه وثبوته؛ كالإسلام، أو النَّسب.

فلو قيل لشخصٍ قادرٍ على الكلام: "أتشهد أن لا إله إلا الله وأنَّ محمدًا رسول الله؟"، فأشار برأسه ب(نعم)؛ فإنَّه يُحكَم بإسلامه.

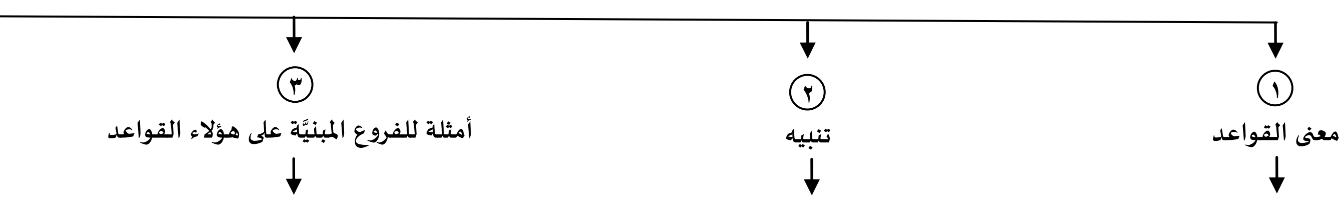
ولو قيل لشخصٍ قادرٍ على الكلام: "أهذا ولدُك"، فأشار برأسه ب(نعم)؛ فإنَّه يُحكَم بثبوت نسبه إليه.

٢- أن تنضمَّ الإشارة إلى النُّطق في تفسير لفظٍ مبهَم، كما لو قال الرَّجل لزوجته: "أنتِ طالقٌ هكذا" وأشار بأصابعه الثلاث؛ فإنَّه يقع الطَّلاق ثلاثًا.

٧) المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا

٨) التَّعيّين بالعُرف كالتَّعيّين بالنَّصّ

٩) المعروف بين التُّجَّار كالمشروط بينهم



١ - معنى القواعد

أنَّ ما تكرَّر العمل به بين النَّاس، وأصبح عُرفًا؛ فإنَّه يُراعَى عند الحكم، فيكون بمنزلة الأمر المشروط، أو المنصوص عليه بطريق اللفظ.

٢ - تنبيه

القاعدتان الأوليان عامَّتان، أمَّا القاعدة الثَّالثة فهي خاصَّة بالأعراف الجارية بين التُّجَّار.

٣ - أمثلة للفروع المبنيَّة على هؤلاء القواعد

١- أنَّه قد جرى العُرف عند النَّاس في حال التَّبايُع بالسِّلع التي تحتاج إلى نقلٍ وتركيبٍ، أن يكون ذلك على البائع، فيكون هذا العُرف بمنزلة الأمر المشروط في العقد.

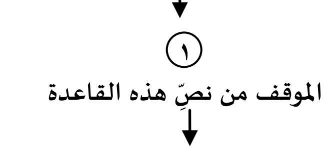
٢- لو اشترى شخصٌ سلعةً في بلادنا بمائة ريال؛ فإنَّ المقصود بالرِّيال هنا الرِّيال السّعوديّ؛ لأنَّ العُرف قد جرى بأنَّ المراد بالرِّيال عند الإطلاق الرِّيال السّعوديّ، ويكون مُتعيّنًا بالعرف؛ لأنَّ التَّعيّين بالعُرف كالتَّعيّين بالنَّصّ.

٣- لو أنَّ شخصًا استأجر دارًا أو سيارة، ولم يُحدِّد نوع الاستعمال؛ فإنَّه يُرجَع في تحديد نوعه إلى ما جرى به العُرف، ويكون ذلك بمنزلة المشروط.

٤ - علاقتها بالقاعدة الكبرى

هؤلاء القواعد الثَّلاث تفيد كلٌّ منها أنَّ ما جرَت به العادة والعُرف عند جميع النَّاس، أو عند طائفة منهم، أمرٌ مُعتَبَرٌ، ويكون مرجعًا يقوم مقام اللفظ والنَّصّ، وهذا يُحقِّق مضمون القاعدة الكبرى؛ التي تُفيد أنَّ العادة تُعَدُّ مرجعًا للحكم.

(١٠) لا يُنْكَرُ تغيُّرُ الأحكام بتغيُّرِ الأزمان



(١) الموقف من نصّ هذه القاعدة

النَّظر إلى ظاهر نصّ هذه القاعدة، وما فيه من إطلاق، أدَّى إلى اختلاف الباحثين المعاصرين فيها:

١- منهم من رفضها جملةً وتفصيلاً؛ بناءًا على أنَّ أحكام الشَّريعة لا تتغيَّر بتغيُّرِ الزَّمان، أو غيره من المصالح، أو الأعراف والعادات، ولا تقبل التَّبديل إلا بطريق النَّسخ، والنَّسخ لا يُعرَف إلا بطريق الوحي، وقد انقطع الوحي بوفاة النَّبيِّ ﷺ.

وإن حصل فيها تغيِّير مع اختلاف الأزمان، فلا يقع ذلك في حكم الحادثة نفسها بخصائصها وحيثياتها، وما يقع من ذلك قد يكون في حادثةٍ جديدةٍ، في الزَّمن الجديد، غير الحادثة في الزَّمن القديم، واختلاف حكمهما حينئذٍ لا يقال له تغيِّير، ولا ينبغي أن يكون هذا محلًّا للنِّزاع.

ولذلك فإنَّ مضمون هذه القاعدة لا يصحُّ؛ لأنَّ التَّغيِّير لا يخرُج عن أحد أمرين:

أ) إمَّا أن يكون نسخًا وتبديلاً، وهذا ليس لأحد أن يقول به بعد وفاة النَّبيِّ ﷺ.

ب) وإمَّا أن يكون اختلاف وقائع وتحقيق مناط، فلا يكون تغيِّيرًا، ولا نسخًا، ولا تبديلاً.

٢- ومنهم من ذهب إلى تقيِّيد مجال إعمال القاعدة بالأحكام الاجتهاديَّة، أو الأحكام المبنيَّة على العُرف والمصلحة.

الجواب عن الإشكال السَّابق بأمرين:

١- أن نُفسِّر لفظ (الأحكام) في القاعدة، بالأحكام المنصوصة المعلَّقة -بطريق التَّعليل-، على المصلحة، أو العُرف والعادة. ويدخل تحت هذا التَّفسير: (الأحكام الاجتهاديَّة غير المنصوص عليها، المبنيَّة على المصلحة، أو العرف والعادة). ولا شكَّ أنَّ هذا النَّوع من الأحكام قد يتغيَّر بتغيُّرِ الأحوال، ولو كان في حادثةٍ مماثلةٍ تمامًا، كما سيأتي التَّمثيل له.

٢- أن نبدِّل لفظ (الأحكام) بلفظ (الفتوى أو الاجتهاد)، ومعلوم أنَّ الفتوى أو الاجتهاد قد يتغيَّر من العالم المجتهد بتغيُّرِ الأزمان، إذا كان الحكم الذي هو محلٌّ للفتوى من قبيل ما ورد في الأمر الأوَّل.

والأولى في هذا المقام أن نبدِّل لفظ (الأزمان) الوارد في نصِّ القاعدة بلفظ (الأحوال)؛ لأنَّ هذا اللفظ الأخير يشمل المصالح، والأعراف والعوائد، ويشمل أحوال المكلَّف الشَّخصيَّة والزَّمانيَّة والمكانيَّة. وبهذا التَّبديل تكون صِلَة هذه القاعدة بالقاعدة الكبرى ظاهرة؛ لدخول العُرف والعادة في إطلاق القاعدة.

(٢) معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

لا يُنكَر: أي: لا يُعاتَب، ولا يُسفَّه، ولا يُعترَض عليه.

تغيُّر: أي: التَّبدُّل والاختلاف.

الأحكام: أي: الأحكام المنصوصة المعلَّقة -بطريق التَّعليل-، على المصلحة، أو العُرف والعادة، أو الأحكام الاجتهاديَّة غير المنصوص عليها، المبنيَّة على المصلحة، أو العرف والعادة.

الأزمان: أي: الأوقات.

المعنى الإجمالي

أنَّ تبَدُّل الأحكام -بالمعنى السَّابق- واختلافها، بناءًا على تبدُّل واختلاف الأزمان، أمرٌ مُتقرِّرٌ، وليس محلًّا للاعتراض.

(٥) علاقتها بالقاعدة الكبرى

هذه القاعدة تُفيد أنَّ للعادة تأثيرًا في اختلاف الحكم، وذلك أنَّ الحكم قد يختلف من زمنٍ على آخر؛ لاختلاف العادة والعُرف، وهذا يتَّفق مع مضمون ما أفادته القاعدة الكبرى؛ حيث أفادت أنَّ العادة تُعدُّ مرجعًا لإثبات حكمٍ أو نفيه.

(٣) مجال إعمال القاعدة

إعمال هذه القاعدة ينحصر في مجالٍ واحدٍ؛ وهو أن تكون العادة والعُرف مناطًا للحكم الشَّرعيّ، بأن يتعلَّق بها الحكم الشَّرعيّ دون أن تكون حكمًا شرعيًّا لذاتها.

وذلك أنَّه لمَّا كان الحكم يدور مع مناطه (أي: علّته)، فيتغيَّر ويختلف باختلاف مناطه، كان اختلاف الحكم أمرًا غير منكر. **ومثال ذلك:** أنَّ ما يُخِلُّ بالآداب والمروءات، ووسائل توثيق العقود، وقبض المبيعات، وما يتعلَّق بسنّ البلوغ، والحيض، تختلف من زمن لآخر، ومن حال لأخرى، فيختلف الحكم باختلاف الأحوال فيها.

فنحن نعلم -مثلاً- أنَّ من ارتكب ما يُخلُّ بالمروءة؛ فإنَّ عدالته تنْخَرِم، ولكن ما يقدح في المروءة يختلف باختلاف الأحوال، ولذلك قد يُحكَم على شخصٍ بانخرام مروءته في زمنٍ، وحالٍ؛ لوقوع ما يدعو إلى ذلك منه، ومع تغيُّر الزَّمن والحال، قد يُحكَم بعدم انخرام مروءته ولو وقع منه ما وقع في الزَّمن السَّابق.

بناءًا على هذا: فإنَّ مجال إعمال القاعدة لا يدخل فيه ما يأتي:

١- أن يكون العمل بالعادة والعُرف، هو بعينه عملٌ بحكم شرعيّ؛ أي حَكَمَ به الشَّرع، أو كان العمل به موجودًا في النَّاس فدعا إليه الشَّرع وأكَّده. فهذا النَّوع من الأحكام لا يجوز تغيِّيره أو تبديله مهما تبدّلت الأحوال؛ لأنَّ هذا من قبيل الأحكام الثَّابتة التي لا تتغيَّر، ولا تتعلَّق به قاعدتنا. **مثاله:** الطَّهارة من النَّجاسة، وستر العورة، وارتداء الحجاب لدى نساء المسلمين.

٢- أن لا يكون العمل بالعادة والعُرف حكمًا شرعيًّا، ولا مناطًا لحكم شرعيّ. وهذا النوع لا علاقة له بالقاعدة، فللنَّاس أن يُطوِّروا أنماط حياتهم ويُغيِّروا مظاهرها، حسبما يرون من مقتضيات الزَّمن ما دام أنَّ ذلك لا يُعارض أمرًا من أمور الشَّريعة الثَّابتة.

(٤) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- أنَّ العادة قد جرت بأنَّ صبغ الثَّوب بالسَّواد في زمان أبي حنيفة يُعَدُّ عيبًا؛ ولذلك أفتَى أبو حنيفة بأنَّ منْ صبغ ثوبًا بالسَّواد فقد عيَّبَه. ولمَّا اختلف عُرف النَّاس في زمان صاحبيه؛ وأصبح الصَّبغ بالسَّواد حُسنًا، أفتَى الصَّاحبان؛ بأنَّ من صبغ ثوبًا بالسَّواد فإنَّه لم يُعيِّبه.

٢- أنَّ العادة قد جرت بأنَّ الدُّور تُبنَى على نمطٍ واحدٍ؛ ولذلك أفتَى العلماء بأنَّه يكفِي لسقوط خيار الرُّؤية، رؤية بيت منها، ممَّن يريد شراءها جميعًا. فلمَّا اختلفت العادة، وصارت البيوت تُبنَى على كيفياتٍ مُختلفةٍ؛ أفتَى العلماء بأنَّه لا بدَّ من رؤية جميع البيوت؛ ليسقط خيار الرُّؤية.

٣- أنَّ عادة النَّاس قد جرت في الزَّمن الماضي بِعَدِّ الأكل في الشَّوارع من خوارم المروءة، ولذلك لا تُقبَل شهادة من كان كذلك؛ لأنَّه من قبيل الفسق الذي تُرَدُّ لأجله الشَّهادة. إلا أنَّ العادة قد اختلفت وصار الأكل في الشَّوارع سبيل المتعجّلين؛ ولذلك لا يُعَدُّ هذا خارمًا للمروءة في هذا الزَّمن.

٤- أنَّ العادة قد جرت بعدم إغلاق أبواب المساجد في جميع الأوقات في الزَّمن الماضي؛ لكونها أمكنةً مُعَدَّةً للعبادة، ولكن لمَّا فشا الفساد، واختلف الحال، أفتَى العلماء بجواز إغلاقها في غير أوقات الصَّلاة؛ صيانةً لها من العبث والسَّرقة.

القواعد الكليَّة غير الكبرى

١ التَّابِعُ تَابِعٌ
- ① معنى القاعدة
- ② أسباب التَّبعيَّة
- ③ الأدلَّة على القاعدة
- ④ القواعد المتفرِّعة عنها
  - ① مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ.
  - ② التَّابِعُ لَا يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ.
  - ③ إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الفَرْعُ.
  - ④ إِذَا بَطَلَ الشَّيْءُ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ.
  - ⑤ قَدْ يَثْبُتُ الْفَرْعُ دُونَ الْأَصْلِ.
  - ⑥ يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا.

٢ لَا مَسَاغَ لِلِاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ.

٣ الِاجْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ.

٤ مَا حَرُمَ أَخْذُهُ حَرُمَ إِعْطَاؤُهُ.

٥ إِذَا تَعَذَّرَ الأَصْلُ يُصَارُ إِلَى الْبَدَلِ.

٦ التَّصَرُّفُ عَلَى الرَّعِيَّةِ مَنُوطٌ بِالْمَصْلَحَةِ.

٧ الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ.

٨ الغُرْمُ بالغُنْمِ.

٩ الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ يُنَافِي الضَّمَانَ.

١٠ لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بِلَا إِذْنِهِ.

١١ يُضَافُ الْفِعْلُ إِلَى الْفَاعِلِ لَا الْآمِرِ مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبَرًا.

١٢ الثَّابِتُ بِالْبُرْهَانِ كَالثَّابِتِ بِالْعِيَانِ.

١٣ إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ.
- القواعد المتفرّعة عنها
  - ① الأَصْلُ فِي الْكَلَامِ الْحَقِيقَةُ.
  - ② إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَةُ يُصَارُ إِلَى الْمَجَازِ.
  - ③ الْمُطْلَقُ يَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دِلالَةً.
  - ④ ذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ.
  - ⑤ الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.
  - ⑥ السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَابِ.
  - ⑦ إِذَا تَعَذَّرَ إِعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلُ.

١٤ السَّاقِطُ لَا يَعُودُ.

١٥ تَبَدُّلُ سَبَبِ الْمِلْكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ.

١٦ مَا ثَبَتَ بِالشَّرْعِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا ثَبَتَ بِالشَّرْطِ.

١٧

الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ.

١٨ يَلْزَمُ مُرَاعَاةُ الشَّرْطِ بقَدْرِ الإِمْكَانِ.

القاعدة الكليَّة الأولى

التَّابِعُ تَابِعٌ

(١) معنى القاعدة

(٢) أسباب التَّبعيَّة

(٣) الأدلَّة على القاعدة

(٤) القواعد المتفرِّعة عنها ←

(١) مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ.

(٢) التَّابِعُ لَا يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ.

(٣) إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الفَرْعُ.

(٤) إِذَا بَطَلَ الشَّيْءُ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ.

(٥) قَدْ يَثْبُتُ الْفَرْعُ دُونَ الْأَصْلِ.

(٦) يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابع مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا.

القاعدة الكليَّة الأولى

التَّابِعُ تَابِعٌ

١ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

التَّابع: الشيء المرتبط بغيره على وجهٍ لا يُمكِن انفكاكه عنه حسًّا أو معنًى.

تابع: المقصود به أنه يُعطَى حكم ذلك الشيء المتبوع.

المعنى الإجمالي

أنَّ الشيء إذا كان مرتبطًا بغيره على وجهٍ لا يُمكِن انفكاكه عنه حسًّا أو معنًى؛ فإنَّه يُعطَى حكم ذلك الشَّيء المتبوع، سواءٌ أكان ذلك في الوجود والعدم، أم في الإثبات والنفي، أم في البقاء والذَّهاب؛ أي: السُّقوط

٢ أسباب التَّبعيَّة

حتى تتحقَّق التَّبعيَّة في شيءٍ ما؛ فإنَّه لا بُدَّ من تحقُّق سببٍ من الأسباب الآتية

١- أنَّ يكون الشيء جزءًا من غيره، أو كالجزء من غيره، أو من ضروراته:

فأما ما كان جزءًا من غيره فالمراد به: ما لا يوجد الشيء دونه، ولا يقبل الانفصال عنه بالنَّظر إلى الغرض من ذلك الشيء؛ كالسَّقف والجدران والنوافذ بالنِّسبة للدَّار.

والمراد بما كان كالجزء: ما يوجد الشيء دونه في الأصل، وإذا وُجِد فإنَّه لا يقبل الانفصال بالنَّظر إلى الغرض من ذلك الشيء؛ كالجنين بالنِّسبة للأم، والثَّمر بالنِّسبة للشجر.

وأمَّا المراد بما كان من ضرورات الشيء فهو: ما كان من لوازم العين، أو التَّصرُّف عقلاً أو عُرفًا، أو من مصالحهما، وكمال منافعهما، بحيث يتوقف عليها الانتفاع بذلك الشَّيء؛ كالعلو والسُّفل بالنِّسبة للأرض، والمفتاح بالنِّسبة للقفل، ووضع السِّلعة عند أصحاب الدَّكاكين بالنِّسبة للدَّلال فإنَّه من لوازم ملكه للتَّصرُّف بالبيع.

٢- الاتِّحاد بين الشَّيء وغيره في الجنس، وذلك كالثِّمار التي من جنس واحدٍ، يجوز بيعها بعد بدو الصَّلاح في ثمرةٍ واحدة منها، ويُلحق الذي لم يَبْدُ صلاحه بالذي لم يَبْدُ فيه الصَّلاح، وكذا المقاثي والمباطخ [هِيَ مَوَاضِعُ الْقِثَّاءِ وَالْبِطِّيخِ] تتحد في الجنس، فيجوز بيع كلٍّ منها إذا طاب، ويُلحَق الذي لم يطِب بما طاب؛ وذلك كلُّه لأجل التَّبعيَّة الناتجة عن الاتِّحاد في الجنس.

٣- الاتِّصال بين الشَّيء وغيره مع إرادة البقاء، أي: يكون اتِّصالاً في الحال وفي ثانيه، وليس قابلاً للفصل في ثاني الحال، سواءٌ أكان اتِّصالاً حسيًّا أم معنويًا؛ وذلك كالشجر والبناء بالنِّسبة للأرض، والسِّمن بالنِّسبة للبهيمة، وتعلُّم الصَّنعة بالنِّسبة للعبد.

٤- تولُّد الشَّيء من غيره؛ فإنَّ المتولِّد من الشَّيء يُعطَى حكم ذلك الشَّيء الذي هو أصله؛ وذلك كالرِّبح بالنِّسبة للمال، والنِّتاج بالنِّسبة للماشية.

٥- تميُّز الشيء عن غيره بقلَّةٍ أو بضعفٍ، والمقصود: أنَّ الشَّيء إذا كان قليلاً أو ضعيفًا، لأجل كثرة أو قوَّة ما يقابله؛ فإنَّ هذا القليل أو الضَّعيف يتبع الكثير أو القويّ في حكمه؛ كالثَّمر غير المؤبَّر بالنِّسبة للثَّمر المؤبَّر، وكالأنف بالنِّسبة للجبهة في السُّجود.

ووجه ذلك: يرجع إلى أنَّ اعتبار القليل أو الضَّعيف وإفراده بحكم خاصٍّ فيه نوع مشقَّة، بحيث تعسُر مراعاته والالتفات إليه، فتعمُّ بذلك البلوى، ولذلك يُلحَق بالكثير أو القويّ في حكمه؛ دفعًا لهذه المشقة.

٣ الأدلَّة على هذه القاعدة

أولاً: وردت جملةٌ من النُّصوص التي تُفيد بمجموعها إعطاء التَّابع حكم متبوعه؛ منها:

١- قوله ﷺ: «ذَكَاةُ الْجَنِينِ ذَكَاةُ أُمِّهِ» رواه أبو داود، وهو صحيح.

وجه الاستدلال: أنَّ النَّبيّ ﷺ قد حكم للجنين من حيث الذَّكاة بحكم أمه، فإذا حصلت تذكيتها فقد حصلت تذكيته أيضًا؛ لكونه تابعًا لها.

٢- قوله ﷺ: «مَنْ بَاعَ نَخْلًا قَدْ أُبِّرَتْ فَثَمَرُهَا لِلْبَائِعِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ» أخرجه البخاري ومسلم، وأخرج البخاري قوله ﷺ: «مَنِ ابْتَاعَ نَخْلًا بَعْدَ أَنْ تُؤَبَّرَ، فَثَمَرَتُهَا لِلْبَائِعِ إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ، وَمَنِ ابْتَاعَ عَبْدًا وَلَهُ مَالٌ، فَمَالُهُ لِلَّذِي بَاعَهُ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَ الْمُبْتَاعُ».

وجه الاستدلال: أنَّ النَّبيّ ﷺ قد حكم بالثَّمرة المؤبَّرة وبالمال الذي مع العبد بأنَّه للبائع؛ وذلك لأنَّ تلك الثَّمرة وهذا المال قد حصل أثناء ملك البائع، فيدخل تبعًا لملكه.

ثانيًا: أدلَّة من المعنى؛ فإنَّ العقل يقتضي أنَّ وجود أي ارتباطٍ بين شيئين على وجهٍ يصل إلى عدم الانفكاك بينهما، يلزم منه أن يرتبط أحدهما بالآخر في الحكم.

القواعد المتفرِّعة عن قاعدة
التَّابِعُ تَابِعٌ

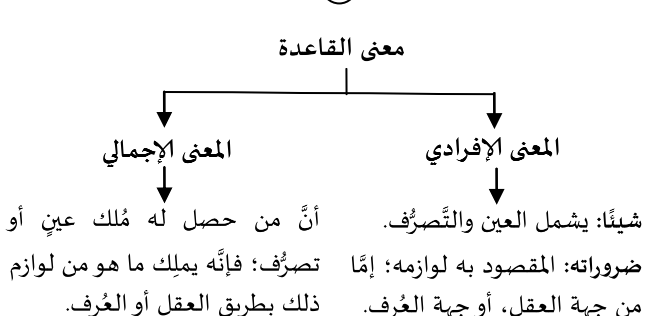
١. مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ.
٢. التَّابِعُ لَا يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ.
٣. إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الفَرْعُ.
٤. إِذَا بَطَلَ الشَّيْءُ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ.
٥. قَدْ يَثْبُتُ الْفَرْعُ دُونَ الْأَصْلِ.
٦. يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا.

هذه القاعدة ذات معنًى مُجمَل، تُفصِّلُه القواعد المتفرِّعة عنها، وهي على النَّحو الآتي:

(١)

مَنْ مَلَكَ شَيْئًا مَلَكَ مَا هُوَ مِنْ ضَرُورَاتِهِ





(١) معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

شيئًا: يشمل العين والتَّصرُّف.

ضروراته: المقصود به لوازمه؛ إمَّا من جهة العقل، أو جهة العُرف.

المعنى الإجمالي

أنَّ من حصل له مُلك عينٍ أو تصرُّف؛ فإنَّه يملِك ما هو من لوازم ذلك بطريق العقل أو العُرف.

(٢) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا اشترى أرضًا؛ فإنَّه يدخل فيها ما فوقها وما تحتها، أي: علوها وسفلها؛ فيحقُّ له أن يبني في فضائها، ويحفر في أعماقها؛ وذلك لأنَّ العلو والسّفل من لوازم الأرض، فيكونان تابعين للأصل، فيُعطيان حكمه؛ لتبعيتهما له.

٢- لو أنَّ شخصًا باع أرضًا أو دارًا؛ فإنَّه يدخل في هذا البيع دولاب الماء، وأبواب الدّار؛ لأنها من ضرورات الأرض والدَّار، فتكون تابعةً لها، فتُعطى حكمها، فدولاب الماء والأبواب يُعَدَّان من مصالح الأرض، وكمال منافعها.

وكذا المفتاح يُعَدُّ من لوازم القُفل، فمن اشترى قُفلاً -مثلاً-؛ فإنَّه يملك مفتاحه؛ لأنَّ المفتاح من لوازم القفل، فيكون تابعًا له، فيُعطَى حكمه.

وهذه الأمثلة السَّابقة تُعَدُّ أمثلةً لتبعيَّة لوازم العين.

٣- لو أنَّ شخصًا وضع سلعةً عند دلّالٍ؛ فإنَّ الدَّلّال يملك التَّصرف بالبيع، فيملك ما هو من لوازمه، وهو وضع السِّلعة عند أصحاب الدَّكاكين، فلو أنَّ دلّالاً وضع سلعة عند صاحب دكّان، فهرب صاحب الدكّان بالسِّلعة؛ فإنَّ الدّلّال لا يضمن؛ لأنَّ ملكه للازم، قد ثبت تبعًا لملكه للأصل، فيُعطَى حكمه.

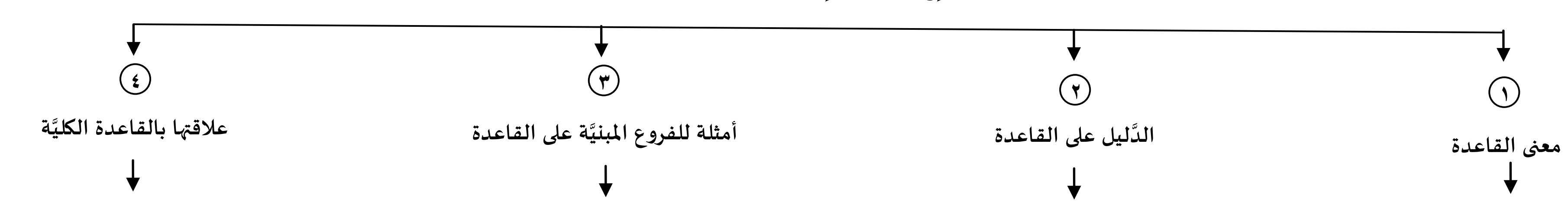
وهذا مثال لوازم تبعيَّة التَّصرُّف.

(٣) علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة تُفيد أنَّ ما كان من لوازم الشَّيء؛ فإنَّه يُعَدُّ تابعًا لذلك الشَّيء، فيُعطَى حكمه، وهذا هو ما تُفيده القاعدة الكليَّة من أنَّ التَّابع يُعطَى حكم متبوعه.

(٢١)

التَّابِعُ لَا يُفْرَدُ بِالْحُكْمِ



(١) معنى القاعدة

أنَّ ما يصدُق عليه وصف التَّابع لا يُعطَى حكمًا مستقلاً، بل يُعطَى حكم متبوعه في جميع الأحوال.

تنبيه: بعض العلماء قد ذكر هذه القاعدة ومثَّل لها ببعض الأمثلة، واستثنى منها بعض الصُّور.

إلا أنَّ (الشَّيخ مصطفى الزرقا) لم يرتضِ هذا الاستثناء، فذكر أنَّ هذه القاعدة مضطربة التَّطبيق والفروع، والسّبب في ذلك: أنَّ صيغتها أعمُّ من موضوعها. وقيّد (الشّيخ الزرقا) هذه القاعدة بقيدين:

الأوّل: أن يكون معنى التَّابع في القاعدة: (ما كان جزءًا، أو كالجزء من غيره).

الثَّاني: أن يكون معنى الحكم في القاعدة (العقد).

ولذلك يكون معنى القاعدة عنده: أنَّ ما كان جزءًا من غيره، أو كالجزء منه، لا يصحُّ أن يكون معقودًا عليه استقلالاً.

والأولى أن نُقيّد (التَّابع) في القاعدة: بالتَّابع الذي لا يُمكِن تمييزه، سواءً أكان جزءًا، أو كالجزء، أم لم يكن، وسواءٌ أكان التَّصرُّف عقدًا، أم لم يكن.

وبناءً على ما تقدَّم فالمسألة التي يُفقَد فيها هذا القيد لا تدخل في القاعدة؛ بمعنَى: أنَّه يُمكِن إفراد التَّابع الذي يمكِن تمييزه بحكمٍ مستقل.

(٢) الدَّليل على القاعدة

عَنِ ابْنِ عَبَّاسٍ قَالَ: «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ أَنْ تُبَاعَ ثَمَرَةٌ حَتَّى تُطْعَمَ، وَلَا صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ، وَلَا لَبَنٌ فِي ضَرْعٍ». قال ابن حجر في ((بلوغ المرام)): "رَوَاهُ اَلطَّبَرَانِيُّ فِي (اَلْأَوْسَطِ) وَالدَّارَقُطْنِيُّ، وَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ فِي (اَلْمَرَاسِيلِ) لِعِكْرِمَةَ، وَهُوَ اَلرَّاجِحُ. وَأَخْرَجَهُ أَيْضاً مَوْقُوفًا عَلَى اِبْنِ عَبَّاسٍ بِإِسْنَادٍ قَوِيٍّ، وَرَجَّحَهُ اَلْبَيْهَقِيُّ".

وجه الدّلالة: أنَّ الصُّوف واللبن، تبَعٌ للدَّابة، ولا يمكن تمييز هذا التَّابع وهو في هذه الحال، وقد نهى النَّبيُّ ﷺ عن بيعهما، ممَّا يدلُّ على أنَّ التَّابع لا يُفرَد بالحكم.

(٣) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- أنَّ العضو من البهيمة كجِلْدِها إذا كانت حيَّةً؛ يُعَدُّ تابعًا لها، فلا يجوز إفراده بالبيع؛ لأنَّ التَّابع لا يُفرَد بالحكم.

٢- أنَّ اللبن في الضّرع أو الجنين في البطن؛ يُعَدُّ تابعًا للبهيمة، فلا يجوز إفراده بالبيع؛ لأنَّ التَّابع لا يُفرَد بالحكم.

ومن المسائل التي لا تنطبق عليها هذه القاعدة؛ لفقدها للقيد الذي سبق ذكره ما يأتي:

١- لو أنَّ شخصًا غَصَبَ دابةً حاملاً، ثم ولدت عنده؛ فإنَّ ولدها لا يُعَدُّ مغصوبًا مثلها، بل يُعَدُّ أمانة؛ لأنَّ الولد هنا وإن كان تابعًا، إلا أنَّه أمكن تمييزه عن المتبوع.

٢- لو أنَّ شخصًا ضرب بطن امرأةٍ حاملٍ، فأسقطت جنينًا ميتًا؛ فإنَّه يجب على الجاني دية الجنين؛ وهي غرةٌ؛ لأنَّ الجنين هنا وإن كان تابعًا لأمه، إلا أنَّه أمكن تمييزه عن المتبوع.

٣- لو أنَّ شخصًا أراد بيع مفتاحٍ دون قُفلِه، أو الغمد دون سيفه؛ فإنَّه يجوز ذلك؛ لأنَّ المفتاح، وكذا الغمد وإن كان تابعًا، إلا أنَّه يمكن تمييزه عن متبوعه.

(٤) علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة تُفيد أنَّ ما كان تابعًا لا يصحُّ إعطاؤه حكمًا مستقلاً، بل يُجرَى عليه حكم متبوعه، وهذا يتَّفق تمامًا مع ما أفادته القاعدة الكليَّة.

③
إِذَا سَقَطَ الْأَصْلُ سَقَطَ الفَرْعُ
④
إِذَا بَطَلَ الشَّيْءُ بَطَلَ مَا فِي ضِمْنِهِ

① معنى القاعدتين

المعنى الإفرادي

الأصل: المراد به هنا المتبوع.

الفرع: المراد به هنا التَّابع.

بطل: ذهب واضمحلّ.

الشَّيء: المراد به هنا المتبوع، وما يُعبَّر عنه في هذا المقام بـ(المُتضمِّن).

ما في ضمنه: المراد به (الضِّمني)، أو ما يُعبَّر عنه بـ(المُتضمَّن)، وهو يعني هنا: التَّابع.

المعنى الإجمالي

أنَّ التَّابع يُعطَى حكم المتبوع في السُّقوط والبطلان، فإذا ارتفع حكم المتبوع لأيِّ سببٍ كان، استلزم ذلك ارتفاع حكم التَّابع.

لذلك قد يُعبَّر بعض العلماء عن هاتين القاعدين بعبارات أخرى؛ كقولهم: (التَّابع يَسقُط بسقوط المتبوع).

و: (إذا بَطَلَ المُتضمِّن، بَطَلَ المُتضمَّن).

وقد يُعبَّر عن القاعدة الرَّابعة هنا بقولهم: (المبني على الفاسد فاسدٌ).

② أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدتين

١- أنَّه لا يُشرَع للحائض بعد الطُّهر قضاء السُّنن الرَّواتب، التي فاتت في أيام الحيض؛ لأنَّ الفرائض التي فاتت في أيام الحيض، لا يُشرَع قضاؤها، فكذلك لا يُشرَع قضاء توابعها في هذه الحال؛ وهي الرَّواتب.

٢- لو أبرأ الدائنُ المدينَ الذي له ضامنٌ؛ فإنَّ الضَّامن يبرأ أيضًا كما برئ المدين؛ لأنَّ الضَّامن فرعٌ عن المدين، وإذا سقط الأصل سقط الفرع، وإذا بطل الشيء بطل ما في ضمنه.

٣- لو صالح المدعَى عليه خصمه المُدعِي على بدلٍ، ثمَّ اعترف المُدعي بعد الصّلح بأنَّه لم يكن له عند المُدعَى عليه حقٌّ؛ فإنَّ الصّلح يبطل ويسقط، فيبطل ويسقط تمليك البدل، ويحقُّ للمُدَّعَى عليه استرداده؛ لأنَّه إذا سقط الأصل سقط الفرع وبطل ما في ضمن الشَّيء.

٤- لو أنَّ شخصًا اشترى سلعةً ثمَّ وجد بها عيبًا، فصالحه البائع ببدلٍ عن العيب، ثمَّ برئت السِّلعة من العيب بدون معالجةٍ من المشتري؛ فإنَّ الصّلح يبطل ويسقط، فيبطل ويسقط تمليك البدل، ويحقُّ للبائع استرداده؛ لأنَّ إذا سقط الأصل سقط الفرع وبطل ما في ضمن الشَّيء.

③ الفرق بين التَّابع والضِّمنيّ أو المتضمَّن

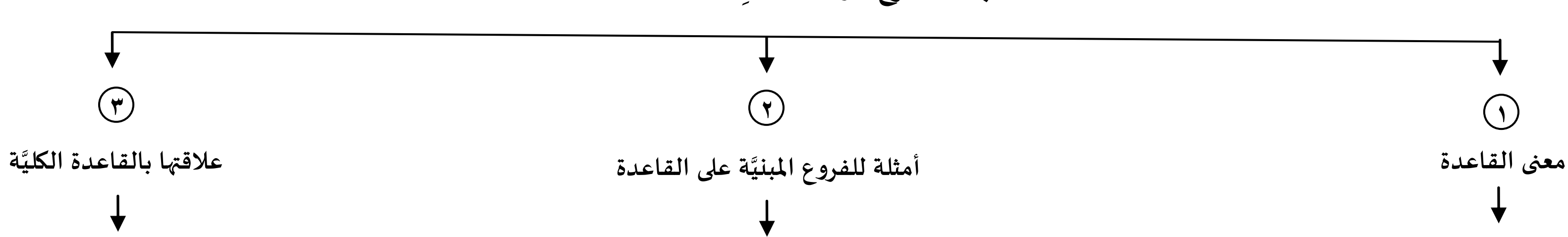
يُطلَق الضِّمني أو المُتضمَّن على التَّابع في استعمالاتِ كثير من العلماء، ولا يوجد - فيما يظهر - تصريحٌ بالفرق بينهما، إلا أنَّ تأمُّل واقع المسائل الفقهيَّة، وواقع تعليلاتهم لها في هذا الشَّأن يُمكِن أن نلحظ فيه الفرق بينهما، فيمكن القول: إنَّ بينهما عمومًا وخصوصًا مطلقًا؛ فالضِّمني أو المتضمَّن يقتصر على الحق اللازم من التَّصرُّف ممَّا يُعَدُّ من ضرورات الشَّيء، كما في الأمثلة الثلاثة الأخيرة، والتَّابع يشمل هذا، ويشمل صورًا أخرى ممَّا ذُكر في أسباب التَّبعيَّة.

④ علاقتهما بالقاعدة الكليَّة

هاتان القاعدتان تفيدان أنَّ التَّابع يُعطَى حكم متبوعه في السُّقوط والبطلان، وهذا يُمثِّل جزءًا ممَّا أفادته قاعدتهما التي تفرعتا عنها؛ فهي تُفيد: أنَّ التَّابع يُعطَى حكم متبوعه مطلقًا.

(٥١)

قَدْ يَثْبُتُ الْفَرْعُ دُونَ الأَصْلِ



أنَّه قد يحصل أن يثبُت التَّابع أو الفرع، مع سقوط المتبوع أو الأصل، وذلك إذا كان التَّابع أو الفرع حقًّا من الحقوق، التي توافر لها من الوسائل المثبتة، ما لم يتوافر في جانب المتبوع أو الأصل.

ولا يعني هذا أنَّه قد يحصل في الوجود الكوني حتى تكون هذه القاعدة مخالفةً للسنن الكونيّة، التي تقتضي أن لا يوجد فرعٌ بلا أصل، بل المقصود بذلك ما يتعلَّق بإثبات الحقوق في مجال القضاء.

١- لو أنَّ شخصًا قال: "لزيدٍ على عمروٍ ألف ريال، وأنا ضامنٌ به"، فأنكر عمروٌ؛ فإنَّ هذا الشَّخص يُطالب بالألف، ولا يُطالب به عمروٌ، فيثبت الدَّين على الضَّامن الذي هو التَّابع أو الفرع، ولا يثبُت على المتبوع أو الأصل الذي هو المضمون عنه؛ لأنَّ الوسيلة المثبتة للتَّابع أو للفرع قد توافرت في جانبه، ولم تتوافر في جانب المتبوع أو الأصل، وهذه الوسيلة هي الإقرار الذي يُعَدُّ حجةً قاصرةً.

٢- لو أنَّ زوجًا أقرَّ بأنَّه قد خالع زوجته، لكنَّ الزوجة أنكرت حصول المخالعة؛ فإنَّ البينونة تثبت بين الزَّوجين وهي الفرع، ولا يثبت العوض الذي هو الأصل في الخلع؛ لأنَّ الوسيلة المثبتة للتَّابع أو للفرع قد توافرت في جانبه، ولم تتوافر في جانب المتبوع أو الأصل، وهذه الوسيلة هي الإقرار الذي يُعَدُّ حجةً قاصرةً.

هذه القاعدة تُمثِّل حالة الاستثناء من القاعدتين الثّالثة والرّابعة، فإذا كانت القاعدتان الثّالثة والرّابعة قد بيّنتا أنَّ الفرع أو التَّابع يسقُط بسقوط الأصل أو المتبوع، فإنَّ هذه القاعدة تشير إلى أنَّ الفرع أو التَّابع قد يثبت ولو سقط الأصل أو المتبوع.

٦

يُغْتَفَرُ فِي التَّوَابِعِ مَا لَا يُغْتَفَرُ فِي غَيْرِهَا

١

معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

يُغتَفَر: من الاغتفار، وهو يعني: التَّسامح والتَّساهل.

غيرها: المقصود به: المتبوعات أو الأصول.

المعنى الإجمالي

أنَّه يُتَسامح ويُتَساهل في الأشياء إذا كانت تابعةً، ما لا يُتَسامح ويُتَساهل فيها لو كانت متبوعةً، أو أصليَّة، أو مقصودة في أنفسها.

ولذا قد يُعبَّر عن هذه القاعدة بما يفيد هذا المعنى كقولهم: (يُغتَفَر في الشَّيء ضمنًا ما لا يُغتَفَر فيه قصدًا).

٢

أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

فروع هذه القاعدة يمكن ذكرها من خلال ذكر صور الاغتفار في التَّوابع:

الصُّورة الأولى: أن لا يُشترَط في التَّابع ما يُشترَط في المتبوع.

مثاله: أن المسبوق في صلاة الجمعة إذا أدرك ركعةً منها، فإنَّه يُعَدُّ مُدركًا للجمعة، فيقضي ما فاته، ولا يُشترَط للمسبوق العدد؛ لأنَّه مُدرِك للجمعة تبعًا، والتَّابع لا يُشترَط فيه ما يُشترَط في المتبوع؛ لأنَّ التَّوابع يُغتفَر فيها ما لا يُغتفَر في غيرها.

الصُّورة الثَّانية: أن يجوز في التَّابع من الغرر ما لا يجوز في المتبوع.

مثاله: أنَّه يجوز بيع البذر في الأرض مع الأرض، ويجوز بيع الحمل مع الأم، ويجوز بيع السّقف وأساسات الحيطان مع الدّار، مع وجود الجهالة فيها؛ وذلك لأنَّ البذر، والحمل، والسّقف، وأساسات الحيطان توابعُ، والتَّابع يجوز فيه من الغرر ما لا يجوز في المتبوع؛ لأنَّ التَّوابع يُغتفَر فيها ما لا يُغتفَر في غيرها.

الصُّورة الثَّالثة: أن لا يلزم في التَّابع من الضَّمان ما يلزم في المتبوع.

مثاله: أنَّه لو كُشِطَ جلد المحرِم، فزال معه بعض الشّعر؛ فإنَّه لا يلزم من ذلك الفدية؛ لأنَّ إزالة الشَّعر حصلت تبعًا لإزالة الجلد، ولا يلزم في التَّابع من الضّمان ما يلزم في المتبوع؛ لأنَّ التَّوابع يُغتفَر فيها ما لا يُغتفَر في غيرها.

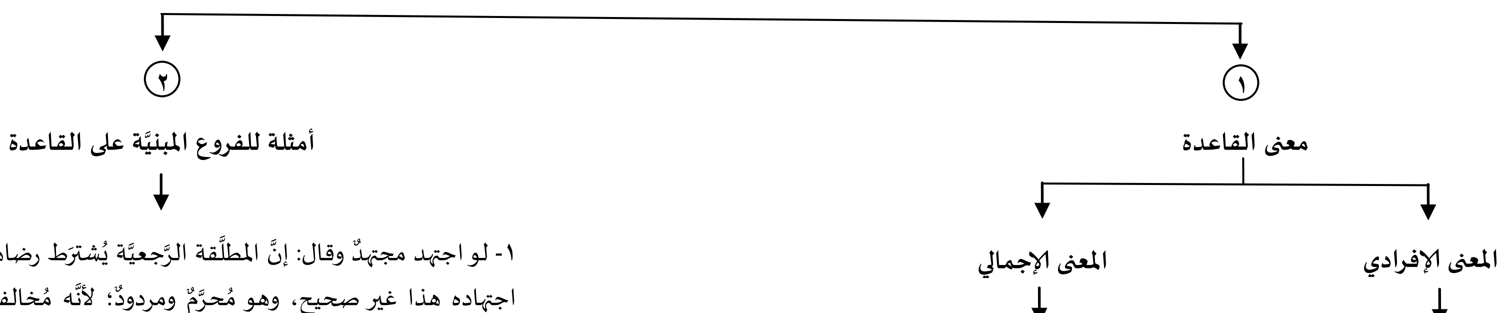
٣

علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة تُشير إلى حالة استثناء من قاعدة (التَّابع تابع)؛ وذلك أنَّ هذه القاعدة تُفيد أنَّ التَّوابع لشدَّة ارتباطها بمتبوعاتها ارتباطًا لا يقبل الانفكاك في غالب الأمر، بحيث تعسُر معه مراعاة حال التَّابع بحكمٍ مُستقلٍّ، فإنَّه ينبغي أن يُتَسامح ويُتَساهل فيها، فلا تأخذ أحكام متبوعاتها استقلالاً.

القاعدة الكليَّة الثَّانية

لَا مَسَاغَ لِلِاجْتِهَادِ فِي مَوْرِدِ النَّصِّ



معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

لا مساغ: أي: لا يجوز ولا يصح.

الاجتهاد: هو بذل الجهد في استنباط الأحكام الشَّرعيَّة من أدلَّتها.

مورد: المراد به المحل.

النَّصّ: يُراد به آيات القرآن الصّريحة، ونصوص السُّنَّة الصّحيحة الصّريحة، وكذا الإجماع الثَّابت بالنَّقل الصّحيح.

المعنى الإجمالي

أنَّه لا يجوز ولا يصحُّ الاجتهاد في مسألةٍ ورد بشأنها نصٌّ صريحٌ من القرآن أو السُّنَّة الصّحيحة أو الإجماع الثّابت.

والمقصود بذلك أنَّه لا يجوز ولا يصحُّ الاجتهاد في الحكم من حيث ثبوته، ومن حيث دلالته إن كان واضح الدّلالة، أو الاجتهاد في تطبيق النّصّ؛ أي: في توسيع دلالته، وتحقيق مناطه، أمرٌ لا يدخل تحت المنع الوارد في القاعدة.

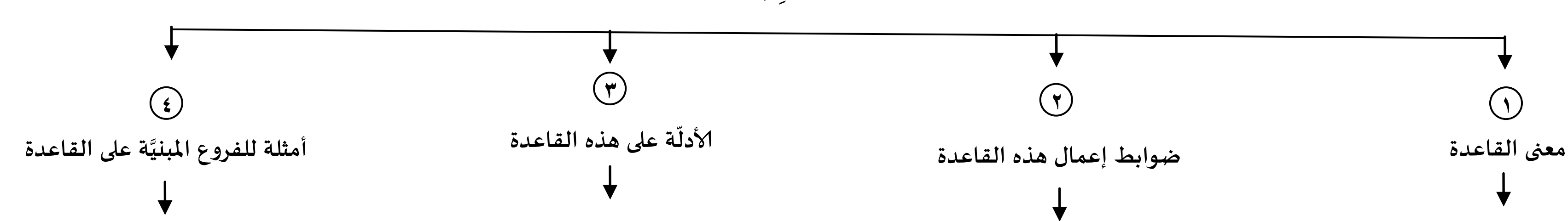
أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو اجتهد مجتهدٌ وقال: إنَّ المطلَّقة الرَّجعيَّة يُشترَط رضاها لصحة رجعتها؛ فإنَّ اجتهاده هذا غير صحيح، وهو مُحرَّمٌ ومردودٌ؛ لأنَّه مُخالفٌ لنصٍّ شرعيٍّ واضح الدّلالة، وهو قوله تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾[البقرة:٢٢٨].

٢- لو اجتهد مجتهدٌ وقال بطلب البيّنة من المُدَّعَى عليه، أو بتحليف المُدَّعِي ابتداءً؛ فإنَّ اجتهاده هذا غير صحيح، وهو مُحرَّمٌ ومردودٌ؛ لأنَّه مُخالفٌ لنصٍّ شرعيٍّ واضح الدّلالة، وهو قوله ﷺ: «الْبَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعِي، وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ» أخرجه الترمذي وهو صحيح.

القاعدة الكليَّة الثَّالثة

الاِجْتِهَادُ لَا يُنْقَضُ بِمِثْلِهِ



أنَّه إذا حصل اجتهادٌ في حكم شرعيٍّ لمسألةٍ من المسائل بطريق الفتوى أو القضاء أو التَّحري، وأُمضيَ الحكم الذي تضمَّنه ذلك الاجتهاد، ثمَّ وقعت مسألة أخرى مناظرة لها، فتغيَّر اجتهاد المجتهد، سواءٌ أكان هو المفتي أم القاضي نفسه، أم غيره، إلى حكم مخالف؛ فإنَّه لا يصحُّ نقض الاجتهاد السَّابق بهذا الاجتهاد المخالف.

الذي يُفهم من واقع هذه القاعدة أنَّ إعمالها مقيَّد بأمرين:

الأول: أن يكون الاجتهاد الثَّاني مساويًا للاجتهاد الأوّل، والمفهوم المخالف لذلك أنَّ الاجتهاد الأوّل يُنقَض إذا كان الاجتهاد الثّاني أقوى، فيُنقَض إذا ثبتت مخالفته للنّصّ أو للإجماع الثّابت؛ لأنَّ الاجتهاد السّابق يكون حينئذٍ من قبيل العمل بالظّنّ الذي تبيّن خطؤه، و(لا عبرة بالظّنّ البيّن خطؤه) كما تقدّم.

الثّاني: أن يكون الاجتهاد الأوّل في أحكامٍ قد مضت واستقرّ العمل بها فتوىً أو قضاءً، ويدلُّ على هذا ما جاء عَنِ الْحَكَمِ بْنِ مَسْعُودٍ، قَالَ: أَتَيْنَا عُمَرَ ﷺ، فِي الْمُشَرَّكَةِ فَلَمْ يُشَرِّكْ، ثُمَّ أَتَيْنَاهُ الْعَامَ الْمُقْبِلَ فَشَرَّكَ، فَقُلْنَا لَهُ، فَقَالَ ﷺ: «تِلْكَ عَلَى مَا قَضَيْنَاهُ، وَهَذِهِ عَلَى مَا قَضَيْنَا» أخرجه عبد الرزاق وابن أبي شيبة في مصنفيهما، والدارمي والدار قطني والبيهقي في السنن الكبرى.

وأمَّا إذا لم يُمضَ الحكم الذي تضمّنه الاجتهاد الأوّل؛ فإنَّه يجوز نقضه، ولو كان باجتهادٍ مساوٍ.

أولاً: دليل النَّقل: أجمع الصحابة ﷺ على عدم مشروعية نقض الاجتهاد السّابق، وذلك أنّ أبا بكر ﷺ قد حكم في مسائل باجتهاده، وخالفه فيها عمر ﷺ، ولمَّا وليَ عمر ﷺ الخلافة لم ينقض تلك الاجتهادات، وقد أقرَّه الصّحابة ﷺ على ذلك، فكان إجماعًا.

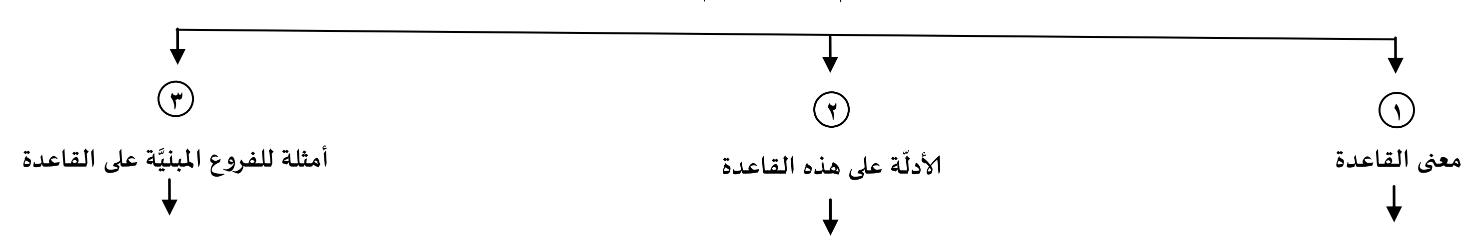
ثانيًا: دليل العقل: فلأنَّه لو ساغ نقض العمل بالاجتهادات في الفتاوى والأقضية، كلما تغيَّر اجتهاد المجتهد لما استقرّ حكمٌ في حادثة؛ لأنَّ الاجتهاد عُرضةٌ للتبدُّل بتكرير النَّظر في الأدلّة والأمارات.

١- لو أنَّ شخصًا صلّى إلى جهة بناءً على الاجتهاد في القبلة، ثمَّ اجتهد مرَّةً أخرى في القبلة، فتغيَّر اجتهاده؛ فإنَّه لا يُحكم على صلاته الأولى بالبطلان: لأنَّه بناها على الاجتهاد، والاجتهاد لا يُنقَض بمثله.

٢- لو أنَّ قاضيًا اجتهد في مسألة وحكم فيها، ثم عُرضت عليه مسألة أخرى مشابهةٌ، فتغيَّر اجتهاده؛ فإنَّه لا يعود إلى القضية الأولى لينقض حكمه فيها؛ لأنَّ الاجتهاد لا يُنقَض بمثله.

القاعدة الكليَّة الرَّابعة

مَا حَرُمَ أَخْذُهُ حَرُمَ إعْطَاؤُهُ



١ معنى القاعدة

أنَّ الشَّيء الذي يحرُم على الإنسان أن يأخذه؛ فإنَّه يحرُم على غيره أن يعطيه إيّاه، سواءٌ أكان هذا الإعطاء على سبيل الابتداء، أم على سبيل المقابلة.

٢ الأدلّة على هذه القاعدة

١- قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْبِرِّ وَٱلتَّقْوَىٰ ۖ وَلَا تَعَاوَنُوا۟ عَلَى ٱلْإِثْمِ وَٱلْعُدْوَٰنِ﴾[المائدة:٢].

وجه الاستدلال: أنَّ إعطاء الشَّيء المحرّم يُعَدُّ إعانةً للآخذ على أخذ المحرّم، فهو من التّعاون على الإثم، وقد نصّت الآية على تحريمه، فيكون إعطاء المحرّم محرّمًا، كما أنَّ أخذه محرّمٌ في الأصل.

٢- عَنْ أَنَسِ بْنِ مَالِكٍ ﷺ قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فِي الخَمْرِ عَشَرَةً: عَاصِرَهَا، وَمُعْتَصِرَهَا، وَشَارِبَهَا، وَحَامِلَهَا، وَالمَحْمُولَةُ إِلَيْهِ، وَسَاقِيَهَا، وَبَائِعَهَا، وَآكِلَ ثَمَنِهَا، وَالمُشْتَرِي لَهَا، وَالمُشْتَرَاةُ لَهُ» أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه، وهو صحيح.

وجه الاستدلال: أنَّه قد ورد في هذا الحديث لعن طالب الخمر؛ عصرًا، أو شربًا، أو شراءً، ولعن باذلها عصرًا أو بيعًا أو حملاً، واللعن دليلٌ على التّحريم، ممَّا يدلُّ على أنَّ ما حرُم أخذه حرُم إعطاؤه.

٣- عَنْ عَبْدِ اللهِ، قَالَ: «لَعَنَ رَسُولُ اللهِ ﷺ آكِلَ الرِّبَا وَمُؤْكِلَهُ» أخرجه مسلم.

وجه الاستدلال: أنَّه قد ورد في هذا الحديث لعن آكل الرّبا ومعطيه، وهذا صريحٌ في أنّ ما حرُم أخذه حرُم إعطاؤه.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- من المتقرِّر شرعًا أنَّ الزّيادة الرّبويّة يحرُم أخذها، فكذلك يحرُم إعطاؤها؛ لأنَّ ما حرُم أخذه حرُم إعطاؤه.

٢- من المتقرِّر شرعًا أنَّ المال الذي يُدفَع في الرِّشوة يحرُم أخذه، فكذلك يحرُم إعطاؤها؛ لأنَّ ما حرُم أخذه حرُم إعطاؤه.

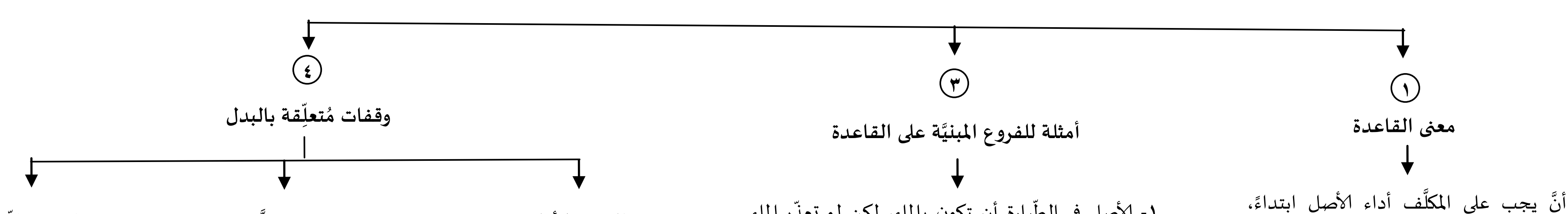
٣- أنَّه يحرُم أخذ الأجرة على أعمال الفسق؛ كالنياحة والعزف على آلات المعازف، فكذلك يحرُم إعطاء المال لمن يقوم بهذه الأعمال؛ لأنَّ ما حرُم أخذه حرُم إعطاؤه.

تنبيه

أشار بعض العلماء إلى أنَّه يُستثنَى من هذه القاعدة بعض الصّور التي يكون فيها الأخذ مُحرَّمًا إلا أنَّ الإعطاء لا يكون مُحرَّمًا؛ كما لو دفع السّلطان مالاً إلى الهجّائين للتخلُّص من أذى ألسنتهم في حال فقده للوازع؛ فإنَّه يحرُم عليهم أخذ المال مقابل ذلك، ولكن يجوز للسلطان إعطاؤه.

والذي يظهر أنَّ هذا الاستثناء يندرج تحت موضوع الضَّرورة، الذي ثبت فيما تقدَّم أنَّ لها تأثيرًا في إباحة الإقدام على الأمر المحرَّم، وهنا وجِدَت الضّرورة في حال الإعطاء، ولم توجد في حال الأخذ.

إِذَا تَعَذَّرَ الأَصْلُ يُصَارُ إِلَى الْبَدَلِ



١ معنى القاعدة

أنَّ يجب على المكلَّف أداء الأصل ابتداءً، لكن لو تعذَّر الأصل فإنَّه يجب الانتقال إلى البدل، سواءٌ أكان البدل حقيقيًا أم حكميًا.

٢ الأدلّة على هذه القاعدة

يمكن أن يُستدلّ لهذه القاعدة بالأدلّة الواردة في القرآن والسّنّة، الدّالة على مشروعية الانتقال إلى الأبدال عند تعذُّر المبدلات؛ ومن ذلك:

١- قوله تعالى: ﴿فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا طَيِّبًا﴾ [النساء:٤٣].

٢- وقوله: ﴿وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ﴾ [البقرة:١٨٤].

٣- وقوله: ﴿فَمَن تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٍ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ﴾ [البقرة:١٩٦].

٤- عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ ﷺ، قَالَ: جَاءَ رَجُلٌ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: هَلَكْتُ، يَا رَسُولَ اللهِ، قَالَ: «وَمَا أَهْلَكَكَ؟» قَالَ: وَقَعْتُ عَلَى امْرَأَتِي فِي رَمَضَانَ، قَالَ: «هَلْ تَجِدُ مَا تُعْتِقُ رَقَبَةً؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَهَلْ تَسْتَطِيعُ أَنْ تَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ؟» قَالَ: لَا، قَالَ: «فَهَلْ تَجِدُ مَا تُطْعِمُ سِتِّينَ مِسْكِينًا؟»... الحديث. أخرجه البخاري ومسلم

٥- عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّهَا قَالَتْ: مَا رَأَيْتُ صَانِعَةَ طَعَامٍ مِثْلَ صَفِيَّةَ، أَهْدَتْ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ إِنَاءً فِيهِ طَعَامٌ، فَمَا مَلَكْتُ نَفْسِي أَنْ كَسَرْتُهُ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، مَا كَفَّارَتُهُ؟ فَقَالَ: «إِنَاءٌ كَإِنَاءٍ، وَطَعَامٌ كَطَعَامٍ» أخرجه أحمد وأبو داود والنسائي، بإسناد صحيح.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- الأصل في الطّهارة أن تكون بالماء، لكن لو تعذّر الماء لعَدَمِ وجودِه، أو للعجز عن استعماله، لمرض أو نحوه؛ فإنَّه يُشرَع الانتقال إلى بدله، وهو التّيمم بالتّراب.

٢- الأصل في كفارة الجِماع في نهار رمضان عتق رقبة، لكن لو تعذَّرت، فإنَّه يُنتَقل إلى بدلها، وهو صيام شهرين متتابعين، فإذا تعذَّر الصّيام انتقل إلى بدله، وهو الإطعام.

٣- الأصل في حقّ المسلم المكلّف القادر أن يصوم شهر رمضان، لكن لو تعذَّر ذلك بسبب العجز للكبر، فإنَّه يُشرَع الانتقال إلى بدله، وهو الإطعام.

٤- الأصل في حقّ المتمتع أن يذبح هديًا، لكن لو تعذَّر الهدي، فإنَّه يُشرَع له الانتقال إلى بدله، وهو الصّيام.

٥- الأصل في العين المغصوبة أن يردَّها الغاصب بعينها سليمةً، لكن لو تعذَّر ردُّ العين؛ لتلفها، فإنَّه يُشرَع الانتقال إلى بدلها، والبدل يختلف؛ فالمثل بالمثل، والقيمة بالقيمة.

٦- الأصل في حقِّ المرأة المطلّقة غير الحامل، أن تعتدَّ بالحيض، لكن لو تعذَّر ذلك؛ لكون المرأة صغيرة أو آيسة، فإنَّها تنتقل إلى البدل، وهو الاعتداد بالأشهر.

٤ وقفات مُتعلّقة بالبدل

الوقفة الأولى

وقت الانتقال إلى البدل

لا يخلو البدل هنا من ثلاث حالات:

١- أن يتعلَّق الأصل بوقتٍ يفوت بفواته، فإنَّه يُشرَع الانتقال إلى البدل مباشرةً، ولو كان يُرجَى حصول الأصل؛ وذلك كمن دخل عليه وقت الصّلاة ولم يجد الماء، فإنَّ له الانتقال إلى التّيمم، وإن كان يرجو القدرة على الماء.

٢- أن لا يتعلَّق الأصل بوقتٍ يفوت بفواته، ولا ضرر في تأخيره، ففي هذه الحالة لا يُشرَع الانتقال إلى البدل، إذا كان يُرجَى حصول الأصل؛ وذلك كمن يرجو وجود ماله الغائب، ليشتري به رقبةً، في كفارة القتل، واليمين، والجِماع في الصَّوم.

٣- أن لا يتعلَّق الأصل بوقتٍ يفوت بفواته، وفي تأخيره ضررٌ، فهذا فيه خلاف، والرَّاجح أنَّه يُنظَر إلى مدَى تحمّله للضّرر؛ وذلك كمن يرجو وجود ماله الغائب، ليشتري به رقبةً في كفارة الظّهار.

الوقفة الثَّانية

القدرة على الأصل بعد الشُّروع في البدل

إذا شرع في البدل ثم قدر على الأصل، فهل ينتقل على الأصل، أو يستمر في البدل؟

لا يخلو الأمر من حالتين:

١- أن يكون البدل مقصودًا في نفسه، فهذا يُشرَع له الاستمرار في البدل؛ وذلك كما لو قدر على العتق في أثناء الصّوم، أو قدر على المتمتّع على الهدي في أثناء الصّوم؛ فإنَّه يُشرَع له الاستمرار في صومه.

٢- أن يكون البدل مقصودًا لغيره، فهنا يلزمه أن يعود إلى الأصل؛ وذلك كما لو قدر على الماء في أثناء التّيمم، أو بعد الفراغ منه، وقبل الشّروع في الصّلاة، وكذا المعتدّة بالأشهر، لو رأت الدّم، فإنَّها تنتقل إلى الاعتداد بالحيض؛ وذلك لأنَّ البدل هنا غير مقصودٍ، فلا يستقرُّ حكمه إلا بالشُّروع في المقصود.

الوقفة الثَّالثة

الفرق بين البدل والتَّابع

يجتمع البدل مع التَّابع في أنَّ لكلٍّ منهما حكمُ أصله؛ فالبدل يقوم مقام المبدَل، وحكمه حكم الأصل، وكذلك التَّابع له حكم متبوعه.

ويفترقان في أمور منها:

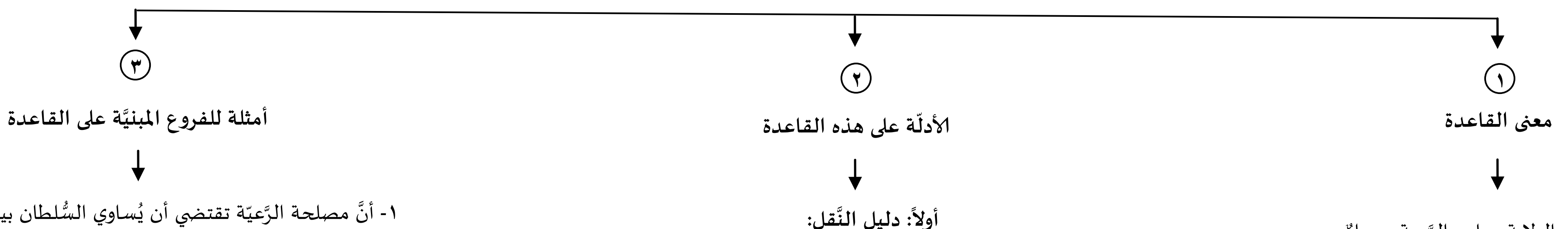
١- أنَّ البدل والمُبدَل لا يجتمعان، بخلاف التَّابع مع متبوعه، فلا مانع من اجتماعهما.

٢- أنَّ ثبوت البدل مشروطٌ بعدم المبدَل، بينما ثبوت التَّابع مشروطٌ بثبوت المتبوع.

٣- أنَّ البدل يقوم مقام المبدَل، بينما التَّابع لا يقوم مقام المتبوع.

القاعدة الكليَّة السَّادسة

التَّصَرُّفُ عَلَى الرَّعِيَّةِ مَنُوطٌ بِالْمَصْلَحَةِ



أنَّ مقتضى الولاية على الرَّعية سواءٌ أكانت ولايةً عامّةً -وهي ولاية السُّلطان-، أم ولاية خاصّة -وهي ولاية من دونه-، أن تكون محقِّقَةً للمصلحة الدّينيّة، أو الدّنيويّة لهم.

أولاً: دليل النَّقل:

١- قوله تعالى: ﴿وَلَا تَقۡرَبُواْ مَالَ ٱلۡيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحۡسَنُ﴾ [الأنعام:١٥٢].

وجه الاستدلال: أنَّ الله تعالى قد أباح لولي اليتيم التَّصرُّف في ماله بما فيه صلاحه ونماؤه، ومفهومه عدم جواز التَّصرُّف في مال اليتيم بما يؤدّي إلى إفساده، ممَّا يدلُّ على أنَّ تصرُّف الوالي بما تحت ولايته ينبغي أن يكون محقِّقًا للمصلحة.

٢- أنَّه قد وردت جملة من الأحاديث تُفيد التَّحذير من الغشّ للرّعيّة، وعدم النُّصح لهم، والخيانة في أداء حقوقهم، ومنها:

عَنْ مَعْقِلَ بْنَ يَسَارٍ ﷺ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «مَا مِنْ عَبْدٍ يَسْتَرْعِيهِ اللهُ رَعِيَّةً، يَمُوتُ يَوْمَ يَمُوتُ وَهُوَ غَاشٌّ لِرَعِيَّتِهِ، إِلَّا حَرَّمَ اللهُ عَلَيْهِ الْجَنَّةَ» أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم.

وَعَنْهُ ﷺ قَالَ: سَمِعْتُ رَسُولَ اللهِ ﷺ يَقُولُ: «مَا مِنْ أَمِيرٍ يَلِي أَمْرَ الْمُسْلِمِينَ، ثُمَّ لَا يَجْهَدُ لَهُمْ، وَيَنْصَحُ، إِلَّا لَمْ يَدْخُلْ مَعَهُمُ الْجَنَّةَ» أخرجه مسلم.

وهذا يعني وجوب العمل على ما يُحقِّق مصالحهم.

*وورد في الحديث ما يدلُّ على أنَّ طاعة الرَّعيَّة لهم مقيَّدةٌ بعملهم بطاعة الله تعالى: عَنْ ابْنِ عُمَرَ ﷺ، قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «السَّمْعُ وَالطَّاعَةُ عَلَى الْمَرْءِ الْمُسْلِمِ فِيمَا أَحَبَّ وَكَرِهَ مَا لَمْ يُؤْمَرْ بِمَعْصِيَةٍ، فَإِنْ أُمِرَ بِمَعْصِيَةٍ فَلَا سَمْعَ عَلَيْهِ وَلَا طَاعَةَ» أخرجه الترمذي وهو صحيح، فلا تجوز طاعتهم في حال مخالفتهم لطاعة الله ﷻ، ممَّا يدلُّ على أنَّ عملهم بخلاف ما يُحقِّق المصلحة للرعيَّة، يُعَدُّ معصيةً لله ﷻ، فلا يلزم الرَّعيَّة ما ينتُجُ من هذا التَّصرُّف.

ويُضاف إلى هذا ما أُثِرَ عن عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ﷺ من قوله: "إِنِّي أَنْزَلْتُ نَفْسِي مِنْ مَالِ اللَّهِ، بِمَنْزِلَةِ وَالِي الْيَتِيمِ، إِنِ احْتَجْتُ أَخَذْتُ مِنْهُ، فَإِذَا أَيْسَرْتُ رَدَدْتُهُ، وَإِنِ اسْتَغْنَيْتُ اسْتَعْفَفْتُ" أخرجه سعيد بن منصور في سننه، وابن أبي شيبة في مصنفه، والبيهقي في السنن، وهذا من عمر ﷺ بيانٌ للمنهج الذي ينبغي أن يكون عليه تصرُّف الإمام في المال؛ بحيث يكون تصرُّفه بحسب المصلحة التي دلَّ عليها ما تقدَّم في الآية السّابقة.

وقد أخذ الإمام الشّافعيّ نصًّا للقاعدة من قول عمر ﷺ هذا، فقال: ((منزلة الإمام من الرَّعيَّة منزلة الوليّ من اليتيم)).

ثانيًا: دليل العقل: أنَّ الوالي ناظرٌ، والنَّظر يقتضي أن يكون مبنيًا على تحقيق المصلحة، فإذا لم يكن تصرُّفه مُحقِّقًا للمصلحة، فلا يخلو: إمَّا أن يكون تصرُّفه ضررًا، وإمَّا أن يكون عبثًا، وكلاهما ليس من النَّظر في شيء، فلا يُلتفت إلى هذا التَّصرُّف في هذه الحال، بل يُلغَى لعدم الفائدة فيه.

١- أنَّ مصلحة الرَّعيّة تقتضي أن يُساوي السُّلطان بينهم في العطاء، وأن لا يُفاضل بينهم إلا بحسب نفعهم للدّين وأهل الإسلام، ولا يجوز أن يُفاضل بينهم فيما عدا ذلك؛ لأنَّه لا مصلحة في هذا.

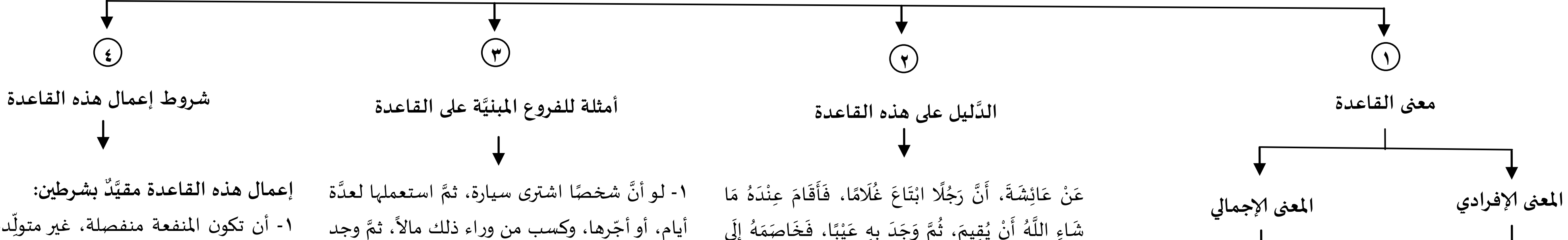
٢- أنَّ مصلحة الرَّعيّة تقتضي أن يُعيِّن الوالي لإمامة الصّلاة بهم إمامًا عدلاً، ولا يجوز أن يُعيِّن إمامًا فاسقًا؛ لأنَّ الصّلاة خلف الفاسق مكروهة، ولا مصلحة في ذلك.

٣- أنَّ مصلحة الوقف والواقف، أن لا يُحدِث النَّاظر عليه وظيفة في الوقف بغير شرط الواقف، ولا تقتضيها مصلحة الوقف؛ لأنَّ نظر النَّاظر على الوقف مبنيٌّ على المصلحة.

٤- أنَّ مصلحة المرأة التي لا ولي لها، أن يليَ أمرها القاضي، وعليه أن يتصرَّف في تزويجها بما تقتضيه المصلحة، فيزوجها من الكفء، ولا يجوز أن يزوجها من غير كفءٍ؛ لأنَّه لا مصلحة في ذلك.

القاعدة الكليَّة السَّابعة

الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ



١ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الخراج: المراد به: المنافع المنفصلة التي تحصل من الشَّيء، وهي مستندة إلى سبب مشروع؛ كسكنى الدَّار، وأجرة الدَّابة.

بالضَّمان: الباء للعوض. والضَّمان هو: الالتزام بالتّعويض، وتحمُّل تبعة الشّيء.

المعنى الإجمالي

أنَّ استحقاق المنفعة المنفصلة التي تحصل من الشَّيء، والتي تستند إلى سببٍ مشروع، تكون عوضًا عن تحمُّل تبعة ذلك الشَّيء؛ من نقصٍ أو هلاكٍ ونحوهما، ومعنى هذا أنَّ استحقاق تلك المنافع يكون لمن يتحمَّل تلك التَّبعة، فيكون استحقاق المنفعة، في مقابل تحمَّل التَّبعة.

٢ الدَّليل على هذه القاعدة

عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ غُلَامًا، فَأَقَامَ عِنْدَهُ مَا شَاءِ اللَّهُ أَنْ يُقِيمَ، ثُمَّ وَجَدَ بِهِ عَيْبًا، فَخَاصَمَهُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ، فَرَدَّهُ عَلَيْهِ، فَقَالَ الرَّجُلُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ، قَدِ اسْتَغَلَّ غُلَامِي، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» أخرجه أحمد وأصحاب السنن، وهو حسن.

هذا الحديث نصٌّ في القاعدة؛ فقد جعل النَّبيَّ ﷺ المنفعة التي استفادها المشتري من العبد، في مقابل ضمانه له لو تلف عنده، أو حدث به نقص.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا اشترى سيارة، ثمَّ استعملها لعدَّة أيام، أو أجّرها، وكسب من وراء ذلك مالاً، ثمَّ وجد بها عيبًا، فأراد ردّها للبائع؛ فإنَّ ما حصل من السّيارة من منفعة، أو مالٍ لا يحقُّ للبائع المطالبة بعوضٍ عنه؛ لأنَّه خراج، فيكون للمشتري مقابل ضمانه للسّيارة.

٢- لو أنَّ شخصًا اشترى شقصًا -الشقص هو: القطعة من الأرض- من أحد الشُّركاء في أرضٍ مشتركة، ثمَّ شفع فيها الشّريك الآخر، وكان المشتري قد استغلَّ الشَّقص؛ بأن أخذ ثمرته أو أجرته، فهي للمشتري، وليس للشّفيع مطالبة المشتري بردّها؛ لأنَّه خراج، فيكون للمشتري مقابل ضمانه للشَّقص.

٤ شروط إعمال هذه القاعدة

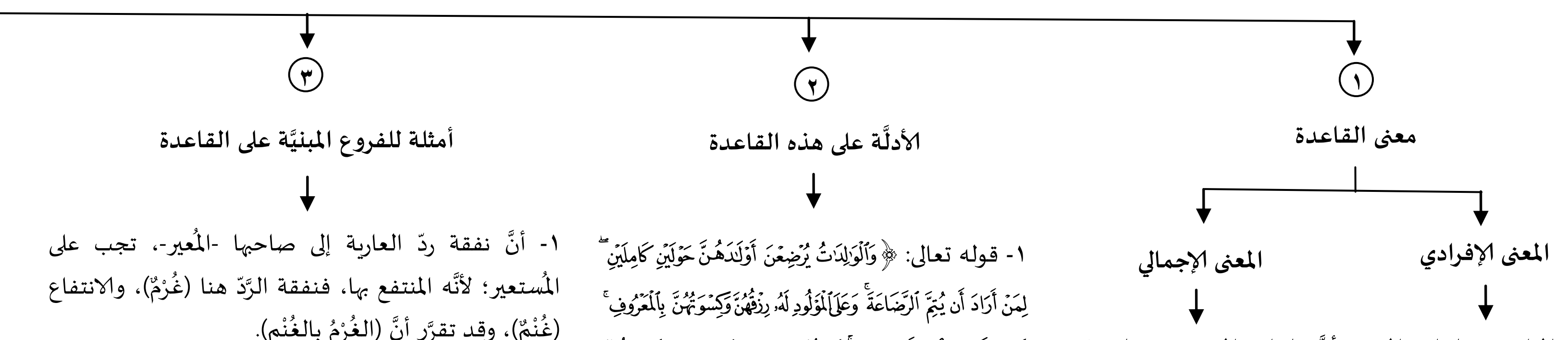
إعمال هذه القاعدة مقيَّدٌ بشرطين:

١- أن تكون المنفعة منفصلة، غير متولّدة من الأصل، أمَّا إن كانت المنفعة متصلة؛ كلبن الدّابة، أو صوفها، وثمر الشّجر، أو كانت منفصلة ومتولدة من الأصل؛ كولد الدّابة؛ فإنَّها تكون في ملك مالك الأصل المتولدة منه، وخراجها له، دون نظر إلى الضّمان وعدمه.

٢- أن تكون المنفعة مستندةً إلى سبب مشروع؛ كالشّراء مثلاً. أمَّا لو استندت المنفعة إلى سبب غير مشروع؛ كالغصب مثلاً، فإنَّها لا تباح للغاصب، ولا يكون خراجها له، وإن كانت في ضمانه؛ فلو أنَّ شخصًا غصب سيارة وأجَّرها، فإنَّه يحقُّ لمالكها مطالبة الغاصب بمقابل أجرتها التي أخذها مع أنَّ ضمانها على الغاصب.

القاعدة الكليَّة الثَّامنة

الغُرْمُ بالغُنْمِ



الغُرْم: المراد به: ما يلزم المرء من تعويضٍ، أو تحمُّلٍ للتَّبعة.

بالغُنْم: الباء للعوض، وهو ما يحصل للمرء من المنافع المطلوبة له.

أنَّ ما يلزم المرء من تبعاتِ شيءٍ مطلوبٍ له، تكون في مقابل حصول منافع ذلك الشَّيء، حتى إنَّه لو تعدَّد من ينتفع بذلك الشَّيء، كانت التَّبعات عليهم بقدر انتفاعهم.

١- قوله تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ۚ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةٌۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦ ۚ وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣].

وجه الاستدلال منه في موضعين:

الأوَّل: أنَّ الله تعالى قد جعل إرضاع الوالدات، سواءٌ كنَّ زوجات أم مطلقات -وهو غُرْم-، في مقابل رزقهنَّ وكسوتهنَّ -وهو غُنْم-، فدلَّ على أنَّ الغُرْم بالغُنْم.

الثَّاني: أنَّ الله تعالى قد أوجب على وارث الصَّبيّ، نفقة رضاعته، كلٌّ حسب مقدار إرثه منه -وهو غُرْم-، في مقابل إرثهم منه -وهو غُنْم-، فدلَّ على أنَّ الغُرْم بالغُنْم.

٢- عَنْ جَابِرِ بْنِ عَبْدِ اللهِ ﷺ قَالَ: قَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «فَاتَّقُوا اللهَ فِي النِّسَاءِ، فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانِ اللهِ، وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللهِ، وَلَكُمْ عَلَيْهِنَّ أَنْ لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا تَكْرَهُونَهُ، فَإِنْ فَعَلْنَ ذَلِكَ فَاضْرِبُوهُنَّ ضَرْبًا غَيْرَ مُبَرِّحٍ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ» أخرجه مسلم.

وجه الاستدلال: أنَّ الحقّ الذي على الزَّوجة لزوجها فيما ورد في هذا الحديث يُعَدُّ غُرْمًا، وهو في مقابل غُنْمها بالنَّفقة عليها، والإحسان إليها.

١- أنَّ نفقة ردّ العارية إلى صاحبها -المُعير-، تجب على المُستعير؛ لأنَّه المنتفع بها، فنفقة الرَّدّ هنا (غُرْمٌ)، والانتفاع (غُنْمٌ)، وقد تقرَّر أنَّ (الغُرْمُ بالغُنْم).

وعكس هذا نفقة ردّ الوديعة إلى صاحبها المُودِع، تجب على المُودِع نفسه، لا على المُودَع؛ لأنَّ مصلحة الانتفاع بالوديعة له، فنفقة الرَّدّ هنا (غُرْمٌ)، والانتفاع (غُنْمٌ)، وقد تقرَّر أنَّ (الغُرْمُ بالغُنْم).

٢- أنَّ أجرة كتابة صكّ عقد المبايعة تكون على المُشتري؛ لأنَّه المنتفع به، حيث إنَّه توثيق لانتقال الملكيّة إليه، فأجرة الكتابة هنا هنا (غُرْمٌ)، والانتفاع (غُنْمٌ)، وقد تقرَّر أنَّ (الغُرْمُ بالغُنْم).

٣- أنَّ نفقة عمارة الدَّار المشتركة بين شخصين فأكثر، تكون عليهم بقدر مُلكهم؛ لأنَّ انتفاعهما من الدّار بحسب مقدار مُلك كلٍّ منهم؛ فنفقة التَّعمير هنا (غُرْمٌ)، والانتفاع (غُنْمٌ)، وقد تقرَّر أنَّ (الغُرْمُ بالغُنْم).

٤- لو أنَّ شخصًا غنيًّا له أخ فقير؛ فإنَّ نفقة الأخ القريب الفقير تكون على أخيه الغنيّ؛ لأنَّه لو مات الفقير ورثه الغنيّ، فالنفقة على الأخ الفقير هنا (غُرْمٌ)، ومنفعة إرثه لو مات (غُنْمٌ)، وقد تقرَّر أنَّ (الغُرْمُ بالغُنْم).

٥- لو أشرفت سفينة على الغرق، واحتاج ركّابها إلى إلقاء بعض الأمتعة؛ فإنَّ ضمان الأمتعة يكون على جميع الرّكاب، بعدد رؤوسهم؛ لتساويهم في نفع إلقاء الأمتعة، فضمان الأمتعة هنا (غُرْمٌ)، ومنفعة إلقائها (غُنْمٌ)، وقد تقرَّر أنَّ (الغُرْمُ بالغُنْم).

هذه القاعدة تُفيد عكس ما أفادته القاعدة السَّابعة؛ فقاعدة: (الخراج بالضّمان) أفادت أنَّ المنفعة التي يحصل عليها الشَّخص، تكون في مقابل تحمُّله تبعات ذلك الشَّيء، وقاعدة: (الغُرْمُ بالغُنْم) أفادت أنَّ تحمُّله تبعات الشَّيء، تكون في مقابل ما يحصل له من منفعة.

*هناك تعبير معاكسٌ لنصّ قاعدة: (الغُرْمُ بالغُنْم)، وهو قولهم: (الغُنْم بالغُرْمُ)، ومعنى هذا اللفظ مرادفٌ لمعنى قاعدة: (الخراج بالضَّمان).

*يذكر بعض العلماء قاعدة:

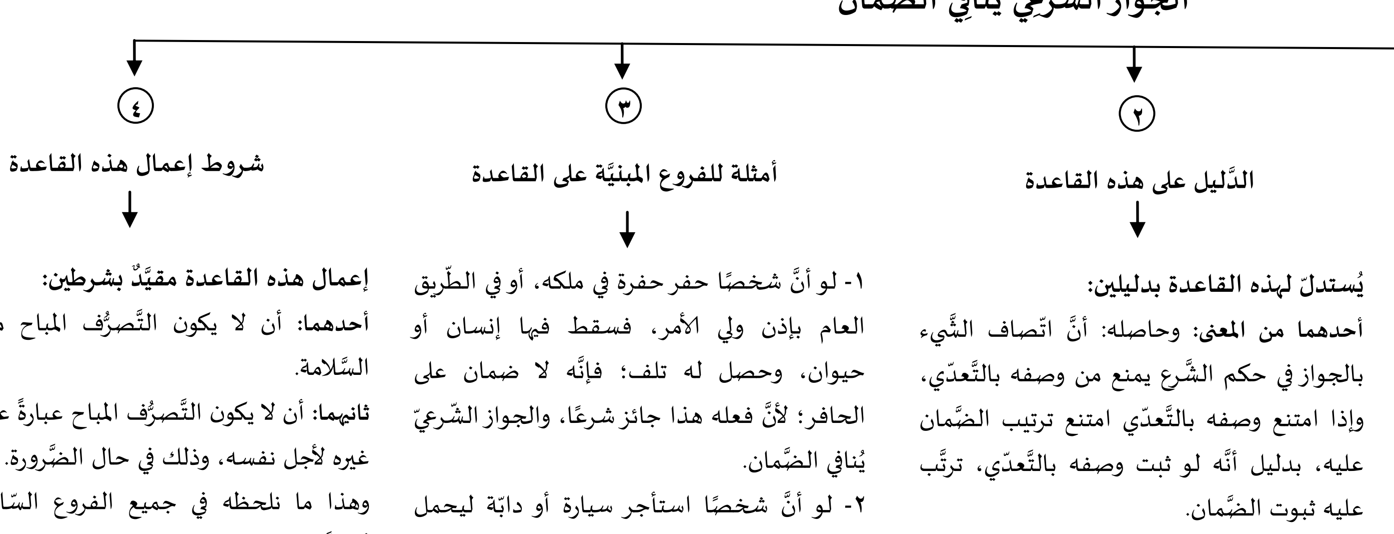
(النِّعمة بقدر النِّقمة، والنِّقمة بقدر النِّعمة).

قوله: (النِّعمة بقدر النِّقمة) مرادف لقاعدة: (الخراج بالضَّمان)، و(الغُنْم بالغُرْمُ).

وقوله: (والنِّقمة بقدر النِّعمة) مرادف لقاعدة: (الغُرْمُ بالغُنْم).

القاعدة الكليَّة التَّاسعة

الْجَوَازُ الشَّرْعِيُّ يُنَافِي الضَّمَانَ



① معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الجواز الشرعي: المراد به: الإباحة الشَّرعيَّة لأيّ تصرُّفٍ، سواءٌ أكان فعلاً أم تركًا.

الضَّمان: هو الالتزام بالتّعويض، وتحمُّل تبعة الشّيء.

المعنى الإجمالي

أنَّ التَّصرُّف المباح شرعًا إذا ترتَّب عليه إتلافٌ؛ فإنَّ هذا الإتلاف لا يكون مضموناً.

② الدَّليل على هذه القاعدة

يُستدلّ لهذه القاعدة بدليلين:

أحدهما من المعنى: وحاصله: أنَّ اتّصاف الشَّيء بالجواز في حكم الشَّرع يمنع من وصفه بالتَّعدّي، وإذا امتنع وصفه بالتَّعدّي امتنع ترتيب الضَّمان عليه، بدليل أنَّه لو ثبت وصفه بالتَّعدّي، ترتَّب عليه ثبوت الضَّمان.

ثانيهما: أنَّه يُمكن أن يُستدلَّ لبعض صور القاعدة، وهي الصُّورة التي يكون الفاعل فيها محسنًا؛ بقوله تعالى: ﴿مَا عَلَى ٱلۡمُحۡسِنِينَ مِن سَبِيلٖۚ وَٱللَّهُ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [التوبة:٩١].

وجه الاستدلال: ما ذكره الشيخ عبد الرحمن السّعدي في (تفسيره): "ويستدل بهذه الآية على قاعدة وهي: أن من أحسن على غيره، في [نفسه] أو في ماله، ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف، أنه غير ضامن لأنه محسن، ولا سبيل على المحسنين"اهـ.

③ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا حفر حفرة في ملكه، أو في الطّريق العام بإذن ولي الأمر، فسقط فيها إنسان أو حيوان، وحصل له تلف؛ فإنَّه لا ضمان على الحافر؛ لأنَّ فعله هذا جائز شرعًا، والجواز الشَّرعيّ يُنافي الضَّمان.

٢- لو أنَّ شخصًا استأجر سيارة أو دابّة ليحمل عليها، ثمَّ حمَّلها قدر المعتاد، فتلفت، فإنَّه لا يضمن؛ لأنَّه فعل فعلاً جائزًا شرعًا، والجواز الشّرعيّ يُنافي الضَّمان.

٣- لو أنَّ شخصًا كان أجيرًا في إصلاح سيارة، فلمَّا طلبها مالكها منه، حبسها عنده حتى يعطيه أجرة إصلاحها، فتلفت عنده، فإنَّه لا يضمن؛ لأنَّه فعل فعلاً جائزًا شرعًا، والجواز الشّرعيّ يُنافي الضَّمان.

٤- لو أنَّ شخصًا التقط لقطة، فأنفق على العين الملتقطة بأمر القاضي، ليرجع بالنَّفقة على صاحبها، فلمَّا طلبها مالكها منه حبسها عنده، حتى يعطيه مقابل نفقته عليها، فتلفت عنده، فإنَّه لا يضمن؛ لأنَّه فعل فعلاً جائزًا شرعًا، والجواز الشّرعيّ يُنافي الضَّمان.

④ شروط إعمال هذه القاعدة

إعمال هذه القاعدة مقيَّدٌ بشرطين:

أحدهما: أن لا يكون التَّصرُّف المباح مقيَّدًا بشرط السَّلامة.

ثانيهما: أن لا يكون التَّصرُّف المباح عبارةً عن إتلاف مال غيره لأجل نفسه، وذلك في حال الضَّرورة.

وهذا ما نلحظه في جميع الفروع السّابقة المذكورة أمثلةً على هذه القاعدة.

ومن الأمثلة التي لم يتحقَّق فيها هذا الشَّرطان أو أحدهما:

١- لو أنَّ شخصًا أتلف شيئًا بمروره في الطَّريق العام، فإنَّه يضمنه؛ لأنَّ المرور في الطَّريق العام، وإن كان مباحًا شرعًا، إلا أنَّه مقيَّدٌ بشرط السَّلامة.

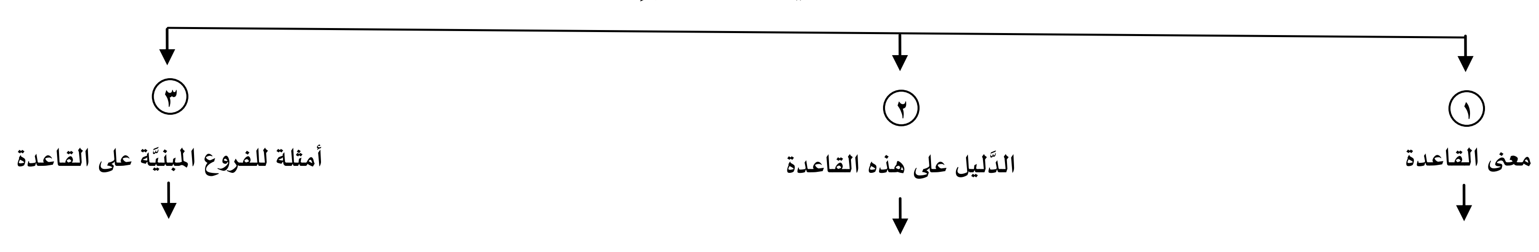
٢- لو أنَّ شخصًا اضطر إلى طعام غيره، فأكله، فإنَّه يضمنه؛ لأنَّ الإتلاف هنا بطريق الأكل، وإن كان مباحًا شرعًا، إلا أنَّه عبارة عن إتلاف مال غيره لأجل نفسه في حال الضَّرورة، وقد تقدَّم أنَّ (الاضطرار لا يُبطِل حقَّ الغير).

*الشَّرطان السَّابقان ذكرهما (الشيخ أحمد الزّرقا)، وجمعهما (الشيخ مصطفى الزّرقا) في ((المدخل الفقهيّ العام)) في قيد واحد، فقال: "وهذه القاعدة فيما يظهر مقيّدةٌ بأن يكون الجواز الشرعي جوازًا مطلقًا، فلو كان جوازًا مقيّدًا، فإنَّه ينافي الضَّمان". ثمَّ اقترح في آخر شرحه للقاعدة أن يكون نصُّ القاعدة:

(الجواز الشّرعيّ المُطلَق يُنافي الضَّمان).

القاعدة الكليَّة العاشرة

لَا يَجُوزُ لِأَحَدٍ أَنْ يَتَصَرَّفَ فِي مِلْكِ الْغَيْرِ بِلَا إِذْنِهِ



١ معنى القاعدة

أنَّه لا يحلُّ لأحدٍ، ولا يصحُّ منه أن يتصرَّف في ملك غيره، تصرُّفًا فعليًّا، أو قوليًّا، بدون إذنٍ من المالك، أو إذنٍ من الشَّرع، وهذا ما أفاده منطوق القاعدة.

وأمَّا مفهومها: فأفاد أنَّ التَّصرُّف في ملك الغير بإذنٍ منه؛ سواءً أكان صريحًا، أم دلالةً، أو بإذنٍ من الشَّرع، يكون مباحًا وصحيحًا.

٢ الدَّليل على هذه القاعدة

يُستدلُّ لهذه القاعدة بأدلَّة الشَّرع العامّة الدَّالة على اشتراط الرِّضا في العقود ونحوها، مثل:

١- قوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ ﴾ [النساء:٢٩].

٢- قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ» أخرجه أحمد، وهو صحيح.

وجه الاستدلال: أنَّ التَّصرُّف العاري من الإذن يُعَدُّ تصرُّفًا خاليًا من الرِّضا، وقد دلَّ الدَّليلان المتقدّمان على أنَّ التَّصرُّف الخالي من الرِّضا لا يصحُّ، ولا يحلُّ به المال، فيكون التَّصرُّف العاري من الإذن غير صحيح.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

أمَّا منطوق القاعدة، فمن أمثلته:

١- لو أنَّ شخصًا أخذ سيارة غيره بدون إذنه، واستعملها، فإنَّ تصرُّفه لا يجوز، ولذا فإنَّه يُعَدُّ غاصبًا، فلو تلفت السّيارة، أو حدث بها عيب؛ فإنَّه يجب عليه ضمانه.

٢- لو أنَّ شخصًا باع بيتًا لغيره بدون إذنه، فإنَّ البيع لا يصحُّ، إلا إن أجاز المالك، وتكون الإجازة اللاحقة كالوكالة السَّابقة، وأمَّا إذا لم يُجزه؛ فإنَّه لا يصحُّ مُطلقًا.

وأمَّا المفهوم المخالف لنصّ القاعدة، فمن أمثلته:

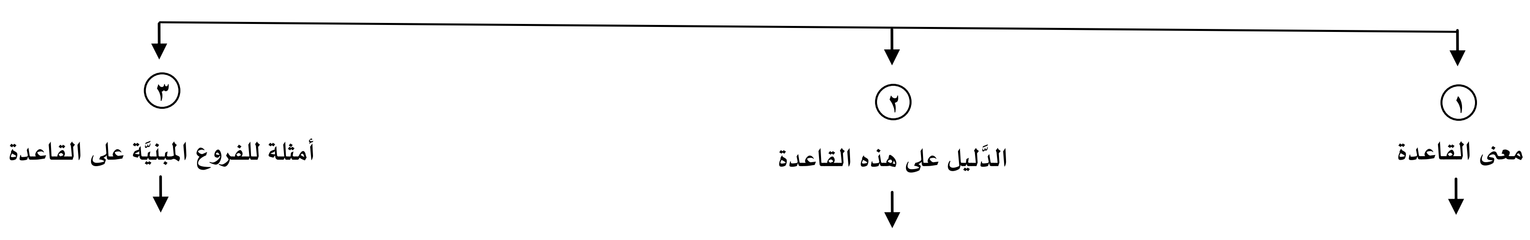
١- لو أنَّ شخصًا أذن لآخر أن يبيع سيارته، فقام المأذون له ببيعها، فإنَّ تصرُّفه صحيح؛ لأنَّه تصرُّف مأذون فيه على سبيل التَّصريح.

٢- لو أنَّ شخصًا نزل ضيفًا على آخر، فقال هذا الضّيف بالانتفاع ببعض ما يملكه المضيّف؛ كالجلوس على بعض فرشه، أو الانتفاع بإضاءة البيت، أو بتكييفه، فإنَّ تصرُّفه يصحُّ وينفذ؛ لأنَّه تصرُّف مأذونٌ فيه عن طريق الشّرع.

٣- لو أنَّ وليّ اليتيم تصرَّف في ماله تصرُّفًا فيه مصلحةٌ لليتيم، فإنَّ تصرُّفه يصحُّ وينفذ؛ لأنَّه تصرُّف مأذونٌ فيه عن طريق الشّرع.

القاعدة الكليَّة الحادية عشرة

يُضَافُ الْفِعْلُ إِلَى الْفَاعِلِ لَا الْآمِرِ مَا لَمْ يَكُنْ مُجْبَرًا



١ معنى القاعدة

أنَّ الفعل الذي هو عبارةٌ عن تَعَدٍّ على مال الغير، أو نفسه، إذا كان بأمرٍ من أحدٍ، فإنَّ حكم هذا الفعل يُنسب إلى فاعله، دون الآمر به، إلا إذا كان الآمر مُكرِهًا للفاعل على الفعل، أو في حكم المُكرِه له؛ بأن غرَّر به، وسواءٌ أكان الإكراه حقيقيًّا، أم حكميًّا، وحينئذٍ يُنسَب حكم الفعل إلى الآمر؛ لأنَّ المأمور في هذه الحالة، يكون في حكم الآلة في يد الآمر.

ويضاف إلى هذا: ما لو كان الفعل المأمور به لمصلحة الآمر، فإنَّ الأمر هنا يكون في حكم الوكالة، يقوم فيها المأمور مقام الآمر في حدود الأمر؛ كما لو أمره ببناء داره.

*الإكراه الحكمي أو التّقديري: هو الذي ينتج عن أمر السّلطان، فإنَّ أمره في حكم الإكراه.

٢ الدَّليل على هذه القاعدة

يُستدلُّ لهذه القاعدة بقوله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ۚ لَهَا مَا كَسَبَتْ وَعَلَيْهَا مَا ٱكْتَسَبَتْ﴾ [البقرة:٢٨٦].

وجه الاستدلال: أنَّ الله تعالى قد بيّن هنا أنَّه يحصل التَّكليف بما كان داخلاً في قدرة المُكلَّف، ولذلك فإنَّه يكون من كسبه واكتسابه، أي: يكون مسؤولاً عنه، ويدخل فيه ما فعله المُكلَّف بأمرٍ من أحدٍ، وهو في حدود قدرته، فإنَّه يكون مسؤولاً عنه.

ومفهوم ذلك أنَّ ما كان خارجًا عن قدرة المُكلَّف، فإنَّه لا يُكلَّف به، ولا يكون من اكتسابه، فلا يكون مسؤولاً عنه، ولا يُنسَب إليه، ومنه ما كان مُكرَهًا على فعله.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

أمَّا منطوق القاعدة، فمن أمثلته:

١- لو أنَّ شخصًا أمر آخر بحفر حفرة في الطّريق العام، ثم وقع فيها إنسان، أو دابة، فإنَّ الضَّمان يكون على الفاعل دون الآمر.

٢- لو أنَّ شخصًا أغرى شخصًا آخر مكلفًا، بإتلاف مالٍ لغيره، ففعل، فإنَّ الإتلاف يتعلَّق بالمُتلِف الفاعل دون الآمر، ولذلك فإنَّ الضَّمان يجب على المُتلِف دون الآمر.

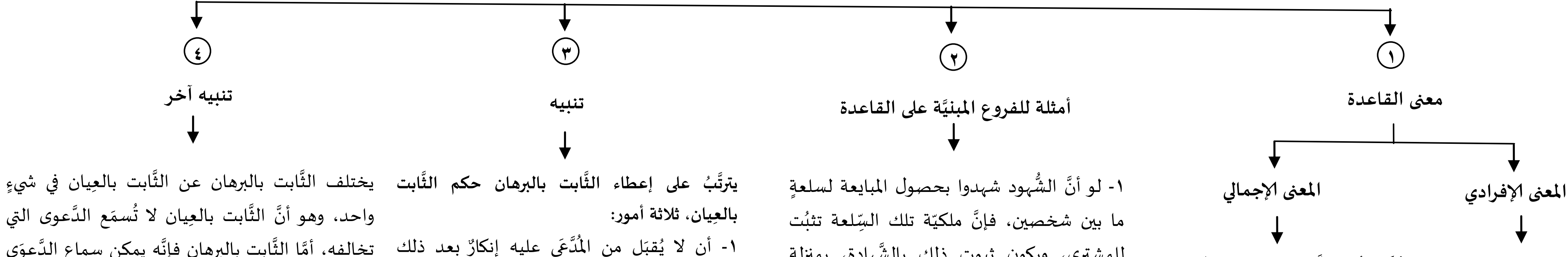
٣- لو أنَّ السُّلطان أمر شخصًا بإيقاد نارٍ، ففعل، وترتَّب عليها ضررٌ، فإنَّ ضمان الضّرر يكون على السّلطان الآمر، دون الفاعل؛ لأنَّ السّلطان يُعَدُّ في حكم المُجبِر.

٤- لو أنَّ شخصًا مُكلَّفًا أمر صبيًّا بإتلاف مالٍ لغيره، ففعل، فإنَّ الضَّمان يتعلَّق بالمُكلَّف الآمر، ولا يتعلَّق بالصَّبيّ؛ لأنَّ المُكلَّف الآمر إمَّا مُجبِر، أو مُغرّر.

٥- لو أنَّ شخصًا قال لآخر: افتح لي بابًا في جداري هذا، ففعل، ثمَّ تبيَّن أنَّ الجدار

القاعدة الكليَّة الثَّانية عشرة

الثَّابِتُ بِالْبُرْهَانِ كَالثَّابِتِ بِالْعِيَانِ



١ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

البرهان: المراد به: البيّنة الشّرعيّة؛ كالشُّهود العدول.

العِيان: المراد به: مشاهدة الشَّيء بحاسة البصر.

المعنى الإجمالي

أنَّ الأمر الثَّابت بالبيّنة الشّرعيّة، يُعطَى حكم الأمر الثَّابت بمشاهدة العين، من جهة أنَّ المشاهدة حجّةٌ مُلزمَةٌ لا تسوغ مخالفتها، فكما أنَّ الأمر المشاهد بحاسة البصر، لا يسع الإنسان مخالفته، فكذلك الأمر الثَّابت بالبيّنة الشّرعيّة، لا تسوغ مخالفته، وإن كان من المحتمل أنَّ الواقع بخلاف ما أفادته البيّنة الشّرعيّة؛ ككون الشّهود كذبةً مستترين بالصَّلاح، أو وجود سببٍ مبرّئٍ لم يطّلع عليه أحدٌ، ونحو ذلك.

٢ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ الشُّهود شهدوا بحصول المبايعة لسلعةٍ ما بين شخصين، فإنَّ ملكيّة تلك السّلعة تثبُت للمشتري، ويكون ثبوت ذلك بالشَّهادة، بمنزلة ثبوته بالمعاينة.

٢- لو أنَّ الشُّهود شهدوا بحصول الكفالة في الدَّين من شخص لآخر، فإنَّ الكفالة تثبُت، ويكون ثبوت ذلك بالشَّهادة، بمنزلة ثبوته بالمعاينة.

٣ تنبيه

يترتَّبُ على إعطاء الثَّابت بالبرهان حكم الثَّابت بالعِيان، ثلاثة أمور:

١- أن لا يُقبَل من المُدَّعَى عليه إنكارٌ بعد ذلك الثُّبوت.

٢- أن لا يُسمع من المُدَّعَى عليه بعد القضاء ادعاءٌ، بخلاف ذلك الثُّبوت.

٣- أن يسري الإثبات بالبرهان على غير المقضي عليه من ذوي العلاقة، فيثبت الحكم بالنسبة إليهم أيضًا.

٤ تنبيه آخر

يختلف الثَّابت بالبرهان عن الثَّابت بالعِيان في شيءٍ واحد، وهو أنَّ الثَّابت بالعِيان لا تُسمَع الدَّعوى التي تخالفه، أمَّا الثَّابت بالبرهان فإنَّه يمكن سماع الدَّعوَى التي تخالفه.

فلو أنَّ شخصًا ادَّعَى على آخر أنَّه قتل مُورّثه، ونحن نشاهد مُورّثه حيًّا، فإنَّ هذه الدَّعوَى لا تُسمَع؛ لأنَّها مخالفة لأمرٍ ثابتٍ بالعِيان.

ولو أنَّ شخصًا ادَّعَى دينًا على آخر، وأثبته بالبيّنة الشَّرعيَّة، ثمَّ ادَّعَى المُدَّعَى عليه في مجلس القضاء، أنَّ المُدّعِي أقرَّ بأن لا شيء له عليه، فإنَّ هذه الدَّعوَى تُسمَع؛ لأنَّ هذه الدَّعوَى مُخالفةٌ لأمرٍ ثابتٍ بالبرهان.

القاعدة الكليَّة الثَّالثة عشرة

إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ

(١) مكانة هذه القاعدة وأهميتها

(٢) معنى القاعدة

(٣) الـــدَّليل علـــى هـــذه

(٤) القواعد المتفرّعة عنها ⟸

(١) الأَصْل فِي الْكَلَام الْحَقِيقَة.

(٢) إذا تَعَـــذَّرَتْ الْحَقِيقَـــة يُصَـــار إِلَـــى

(٣) الْمُطْلَق يَجْرِي عَلَى إطْلَاقِهِ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دِلالَةً.

(٤) ذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ.

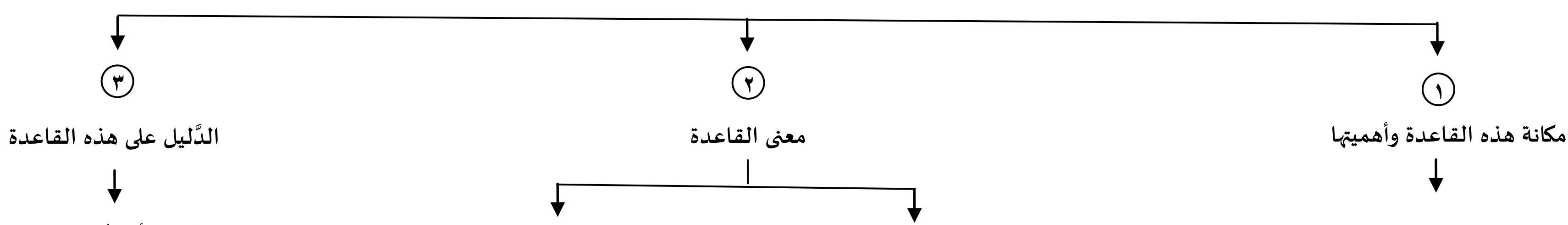
(٥) الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.

(٦) السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَاب.

(٧) إِذَا تَعَذَّرَ إِعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلْ.

القاعدة الكليَّة الثَّالثة عشرة

إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ



هذه القاعدة ذات مكانة عظيمة، يتفرَّع عنها ما لا يُحصَى من الفروع الفقهيَّة، وقد عدَّها (السّيوطيّ) قاعدةً عاشرةً من الكتاب الثّاني، الذي عقده للقواعد الكليَّة، التي يتخرَّج عليها ما لا ينحصر من الصُّور الجزئيَّة.

ولم يذكرها علماء القواعد، الذين رتّبوا مؤلفاتهم بحسب شموليَّة القاعدة والاتّفاق عليها، ضمن القواعد الكبرى.

والذي يظهر أنَّ هذه القاعدة، تقرب من القواعد الكبرى، لما يأتي:

١- أنَّ هذه القاعدة محلّ اتّفاق بين العلماء في الجملة، ويظهر هذا من خلال تفريعاتهم عليها، وتعليلاتهم بها.

٢- أنَّ هذه القاعدة تدخل كثيرًا غالب أبواب الفقه، وخاصّة ما يكون منها ذو ارتباطٍ بالتَّصرُّفات القوليَّة للمكلَّف.

وتأمُّل الأمرين السَّابقين يدلُّنا على أهميّة هذه القاعدة، وكما أنَّ هذه القاعدة تتعلَّق بأحكام تصرُّفات المكلَّف القوليّة كلّها، وطرق تصحيحها، فإنَّ لها تعلُّقًا كبيرًا بخطابات الشَّارع؛ من حيث إنَّه يجب صونها عن الإهمال والإلغاء، ولذا كانت هذه القاعدة ذات تعلُّق بالأبحاث القرآنية، وأبحاث السُّنَّة القوليَّة.

وهذا كلُّه يدلُّنا على أهميَّة هذه القاعدة، ومسيس الحاجة إليها في بناء أحكام الفقه.

المعنى الإفرادي

هذه القاعدة مكونة من شقّين متقابلين، أحدهما أرجح من الآخر:

أحدهما: (إعمال الكلام): المراد به: حمل الكلام على معنًى من المعاني؛ بحيث يكون له ثمرة.

ثانيهما: (إهمال الكلام): المراد به: حمل الكلام على معنًى من المعاني؛ بحيث لا يكون له ثمرة.

المعنى الإفرادي

أنَّ الكلام إذا أمكن حمله على معنًى من المعاني؛ بحيث يكون له ثمرة، كما أنَّه أمكن حمله على معنًى من المعاني؛ بحيث لا يكون له ثمرة، فإنَّ حمله على المعنى الذي له ثمرة، أولى من حمله على المعنى الذي لا ثمرة له.

هذه القاعدة يُمكن أن يُستدلَّ لها بدليلٍ عقليٍّ حاصله:

أنَّ إهمال الكلام يؤدِّي إلى أن يكون الكلام لغوًا، لا فائدة فيه، وكلام العاقل يُصان عن اللغو ما أمكن ذلك، وصون الكلام عن اللغو يحصل بإعمال الكلام واجتناب إهماله.

القواعد المتفرّعة عن قاعدة

إعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إهْمَالِهِ

① الأَصْل فِي الْكَلَام الْحَقِيقَة.

② إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَة يُصَار إِلَى الْمَجَاز.

③ الْمُطْلَقَ يَجْرِي عَلَى إطْلَاقِهِ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دِلالَةً.

④ ذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ.

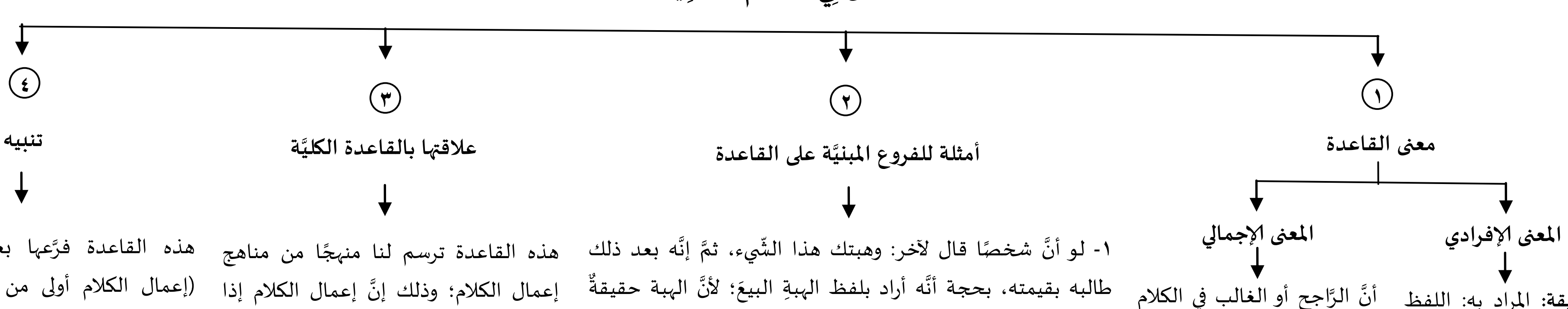
⑤ الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ.

⑥ السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَاب.

⑦ إِذَا تَعَذَّرَ إِعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلْ.

(١)

الأَصْل فِي الْكَلَام الْحَقِيقَة



المعنى الإفرادي

الحقيقة: المراد به: اللفظ المستعمل في المعنى الذي وضع له في أصل اللغة.

ويُقابل الحقيقةَ **المجاز**، والمراد به: اللفظ المستعمل في غير المعنى الذي وُضِعَ له في أصل اللغة لعلاقةٍ، مع وجود القرينة المانعة من إرادة المعنى الأصلي.

المعنى الإجمالي

أنَّ الرَّاجح أو الغالب في الكلام إذا تردَّد بين الحقيقة والمجاز، أن يُحمَل على الحقيقة؛ لأنَّ المعنى الحقيقيّ أصلٌ، والمجاز بدلٌ، والأصل يُقدَّم ويُرجّح على البدل.

أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا قال لآخر: وهبتك هذا الشّيء، ثمَّ إنَّه بعد ذلك طالبه بقيمته، بحجة أنَّه أراد بلفظ الهِبةِ البيعَ؛ لأنَّ الهبة حقيقةٌ فيما كان بغير عوض، والأصل في الكلام الحقيقة.

٢- لو أنَّ شخصًا وقف شيئًا على أولاده، فإنَّ البنات يدخلن مع الأبناء في هذا الوقف؛ لأنَّ لفظ (الولد) حقيقةٌ في الأبناء والبنات معًا، وقصر لفظ (الولد) على الأبناء فقد مجاز، والأصل في الكلام الحقيقة.

وكذا المفتاح يُعَدُّ من لوازم القُفل، فمن اشترى قُفلاً -مثلاً-: فإنَّه يملك مفتاحه؛ لأنَّ المفتاح من لوازم القفل، فيكون تابعًا له، فيُعطَى حكمه.

وهذه الأمثلة السَّابقة تُعَدُّ أمثلةً لتبعيَّة لوازم العين.

٣- لو أنَّ شخصًا حلف أن لا يبيع شيئًا، ثمَّ إنَّه وكّل من باعه عنه، فإنَّه لا يحنث في يمينه؛ لأنَّ حلفه حقيقةٌ في فعل نفسه، وهو لم يفعل بنفسه، والأصل في الكلام الحقيقة.

علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا من مناهج إعمال الكلام؛ وذلك إنَّ إعمال الكلام إذا كان ممكنًا على وجه الحقيقة، وعلى وجه المجاز، فإنَّ الرَّاجح إعماله على وجه الحقيقة؛ لِمَا تقدَّم في معنى القاعدة الإجمالي.

تنبيه

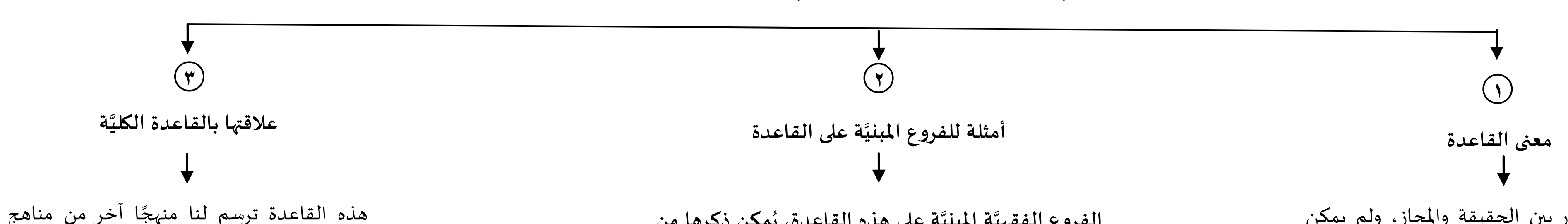
هذه القاعدة فرَّعها بعضهم على قاعدة: (إعمال الكلام أولى من إهماله)، وتقدَّم في المسألة السّابقة وجه تفريعها عليها.

وفرَّعها بعضهم (كالسيوطيّ وابن نجيم) على قاعدة: (اليقين لا يزول بالشّكّ).

ووجه تفريعها عليها: أنَّ إرادة المعنى الحقيقيّ في كلام المتكلِّم أمرٌ مُتيقَّنٌ؛ لكونه هو الرَّاجح، والمتبادر إلى الذِّهن، وإرادة المعنى المجازيّ في الكلام أمر مشكوك فيه؛ لكونه غير متبادر على الذِّهن، والحمل على اليقين أولى؛ لأنَّ اليقين أقوى من الشّكّ.

(٢)

إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَة يُصَار إِلَى الْمَجَاز



(١) معنى القاعدة

أنَّ الكلام إذا دار بين الحقيقة والمجاز، ولم يمكن حمله على حقيقته، لأيِّ سببٍ من الأسباب، فإنَّه يُحمَل على مجازه؛ لأنَّ المجاز حينئذٍ يتعيَّن طريقًا لإعمال الكلام، واجتناب إهماله.

(٢) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

الفروع الفقهيَّة المبنيَّة على هذه القاعدة، يُمكن ذكرها من خلال ذكر أوجه تعذُّر الحقيقة؛ وهي ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: التَّعذُّر الحقيقيّ

وهذا الوجه له صورتان

(١) أن تكون إرادة المعنى الحقيقيّ ممتنعة

مثالها: لو أنَّ شخصًا وقف شيئًا على أولاده، ثمَّ لما نظرنا بعد ذلك لم نجد له أولادًا، ولكن وجدنا له أولادَ أولادٍ، فإنَّ الوقف يكون لهم؛ لأنَّ لفظ (الولد) حقيقةٌ في الولد المباشر، ومجازٌ في الولد غير المباشر، وقد امتنع هنا حمل الكلام على معناه الحقيقيّ، لعدم وجود أولادٍ مباشرين لهذا الشَّخص، فيُحمَل اللفظ على مجازه؛ لأنَّه إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَة يُصَار إِلَى الْمَجَاز.

(٢) أن تكون إرادة المعنى الحقيقيّ ممكنة، ولكن بمشقَّة

مثالها: لو أنَّ شخصًا حلف على الأكل من هذه الشَّجرة، فإنَّ ذلك حقيقة في الأكل من خشبها وأوراقها، وهذا ممكن ولكن بمشقَّة؛ لذلك فهو في حكم الممتنع حقيقةً، فيُصار إلى المجاز، وهو الثَّمر، فلا يحنث هذا الشَّخص إلا إذا أكل من ثمر هذه الشّجرة؛ لأنَّه إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَة يُصَار إِلَى الْمَجَاز.

الوجه الثَّاني: التَّعذُّر العرفيّ

وذلك بأن يكون العرف هو الذي أدَّى إلى هجران الحقيقة، فيُحمَل الكلام حينئذٍ على المجاز.

مثاله: لو أنَّ شخصًا حلف أن لا يضع قدمه في دار فلانٍ، فإنَّ ذلك حقيقةٌ في وضع الجزء المعروف من الجسد فقط، ومجازٌ في الدُّخول عليه في بيته، وقد دلَّ العرف على عدم إرادة هذا المعنى الحقيقيّ، فيُحمَل الكلام على مجازه، ولا يحنث هذا الشَّخص إلا إذا دخل البيت؛ لأنَّه إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَة يُصَار إِلَى الْمَجَاز.

الوجه الثَّالث: التَّعذُّر الشرعيّ

وذلك بأن يكون الشَّرع هو الذي أدَّى إلى هجران الحقيقة.

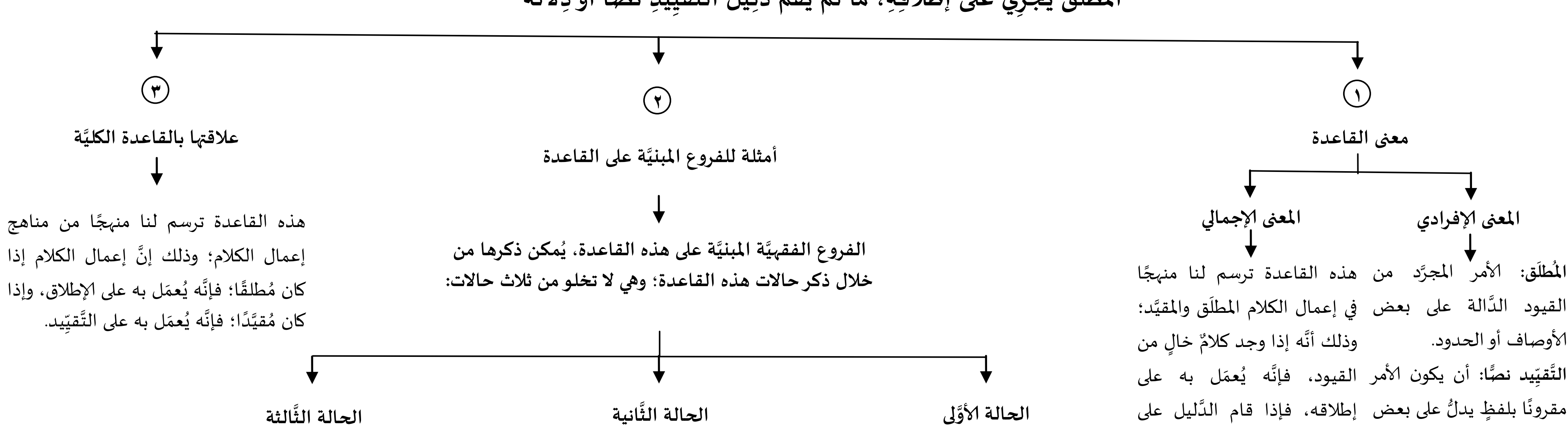
مثاله: لو أنَّ شخصًا وكَّل شخصًا آخر بالخصومة، فإنَّ الخصومة حقيقةٌ في المنازعة، ومجاز في المرافعة عن هذا الشَّخص عند القاضي في دعوىً ما، وقد دلَّ الشَّرع على عدم إرادة المعنى الحقيقيّ؛ لأنَّ الشَّرع قد منع من المنازعة، فيُحمَل الكلام على مجازه، ويكون هذا الشَّخص وكيلاً له في المرافعة؛ لأنَّه إذا تَعَذَّرَتْ الْحَقِيقَة يُصَار إِلَى الْمَجَاز.

(٣) علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا آخر من مناهج الكلام، واجتناب إهماله؛ وذلك بالانتقال من الحقيقة إلى المجاز، عند تعذر الحقيقة.

③

الْمُطْلَقَ يَجْرِي عَلَى إِطْلَاقِهِ، مَا لَمْ يَقُمْ دَلِيلُ التَّقْيِيدِ نَصًّا أَوْ دِلالَةً



① معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

المُطلَق: الأمر المجرَّد من القيود الدَّالة على بعض الأوصاف أو الحدود.

التَّقيِّيد نصًّا: أن يكون الأمر مقرونًا بلفظٍ يدلُّ على بعض الأوصاف أو الحدود.

التَّقيِّيد دلالةً: أن يكون الأمر مقرونًا بحالةٍ، أو عرفٍ، أو نحوهما ممَّا يدلُّ على بعض الأوصاف أو الحدود.

المعنى الإجمالي

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا في إعمال الكلام المطلَق والمقيَّد؛ وذلك أنَّه إذا وجد كلامٌ خالٍ من القيود، فإنَّه يُعمَل به على إطلاقه، فإذا قام الدَّليل على تقيّيده فإنَّه يُعمَل به مُقيَّدًا؛ سواءٌ أكان التَّقيّيد بطريق اللفظ، أم بطريق الدِّلالة.

② أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

الفروع الفقهيَّة المبنيَّة على هذه القاعدة، يُمكن ذكرها من خلال ذكر حالات هذه القاعدة؛ وهي لا تخلو من ثلاث حالات:

الحالة الأوَّلى

إجراء المطلَق على إطلاقه

١- لو أنَّ شخصًا وكَّل شخصًا آخر في أن يشتري له سيارة، بقوله: (اشترِ لي سيارة)، فاشترى له الوكيل سيارة بيضاء، فقال الموكِّل: (أردت السّيارةَ حمراءَ)، فإنَّ لا يُقبَل كلامه هنا؛ لأنَّ توكيله مطلَق، والمطلَق يجري على إطلاقه.

٢- لو أنَّ شخصًا أعار شخصًا آخر شيئًا، بقوله: (أعرتك هذا الشَّيء)، فإنَّه يجوز للمستعير الانتفاع بالعاريّة، في جميع وجوه الانتفاع بالحدود المعتادة، ولا يتقيَّد الانتفاع بزمان أو مكان معينين، أو طريقة خاصّة؛ لأنَّ الإعارة هنا مطلَقة، والمطلَق يجري على إطلاقه.

الحالة الثَّانية

تقييد المطلَق نصًّا

١- لو أنَّ شخصًا وكّل شخصًا آخر في أن يشتري له سيارة، بقوله: (اشترِ لي سيارة سوداء)، فاشترى له الوكيل سيارة خضراء، فإنَّه لا يلزم الموكِّل قبول السّيارة؛ لأنَّه قد قام دليل التَّقيّيد نصًّا، فلا يكون الكلام مُطلَقًا؛ بمعنى: أنَّه لا يجوز للوكيل شراء السّيارة بأيّ لونٍ يختاره هو.

٢- لو أنَّ شخصًا أعار شخصًا آخر شيئًا، بقوله: (أعرتك هذا الشَّيء لمدّة يومين)، فإنَّه لا يحقّ للمستعير الانتفاع بهذا الشّيء بعد مضي اليومين؛ لأنَّه قد قام دليل التَّقيّيد نصًّا، فلا يكون الكلام مُطلَقًا؛ بمعنى: أنَّه يتقيّد بالمدّة التي ذكرها المعير.

الحالة الثَّالثة

تقييد المطلَق دلالةً

١- لو أنَّ شخصًا يعمل في حمل الأمتعة، فوكّل صديقًا له في أن يشتري سيارة، فاشترى الوكيل سيارة صغيرة، لا تصلح لحمل الأمتعة، فإنَّه لا يلزم الموكّل قبول السّيارة؛ لأنَّه قد قام دليل التَّقيّيد دلالةً، المتمثِّل في حالة الموكِّل، فلا يكون الكلام مُطلَقًا، بمعنى: أنَّه لا يجوز للوكيل شراء السّيارة من أيّ نوعٍ يختاره هو.

٢- لو أنَّ طالب علمٍ شرعيٍّ، وكَّل صديقه في أن يشتري له بعض الكتب، فاشترى له الوكيل كتبًا في الطّبّ أو في الهندسة، فإنَّه لا يلزم الموكِّل قبول هذه الكتب؛ لأنَّه قد قام دليل التَّقيّيد دلالةً، المتمثِّل في حالة الموكّل، فلا يكون الكلام مُطلَقًا، بمعنى: أنَّه لا يجوز للوكيل شراء الكتب في أيّ علمٍ يختاره هو.

③ علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا من مناهج إعمال الكلام؛ وذلك إنَّ إعمال الكلام إذا كان مُطلقًا؛ فإنَّه يُعمَل به على الإطلاق، وإذا كان مُقيَّدًا؛ فإنَّه يُعمَل به على التَّقيّيد.

٤ ذِكْرُ بَعْضِ مَا لَا يَتَجَزَّأُ كَذِكْرِ كُلِّهِ

١

هذا هو نصُّ القاعدة عند (ابن نجيم) في كتابه ((الأشباه والنَّظائر))، وهو نصُّها في ((مجلة الأحكام العدليَّة)).

أمَّا عند (الزَّركشي والسّيوطيّ) فنصُّها: (مَا لَا يَقْبَلُ التَّبْعِيضَ، فَاخْتِيَارُ بَعْضِهِ كَاخْتِيَارِ كُلِّهِ، وَإِسْقَاطُ بَعْضِهِ كَإِسْقَاطِ كُلِّهِ)، ومعنى العبارتين واحدٌ.

٢ معنى القاعدة

أنَّ ما لا يقبل التَّجزئة يكون ذكر البعض منه -اختيارًا أو إسقاطًا-، قائمًا مقام ذكر الكلّ من جهة ما يترتَّب على الكلّ من أحكام.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا طلَّق نصف زوجته أو ربعها مثلاً، بأن قال: (نصفُك طالقٌ، أو ربعُك طالقٌ)، فإنَّها تطلُق كلُّها؛ لأنَّ المرأة لا تتجزأ، فيكون ذكر البعض منها كذكر الكلّ.

وكذا لو طلَّق رجلٌ زوجته نصف طلقةٍ أو ربعها مثلاً، فإنَّها تطلُق طلقةً واحدةً كاملةً؛ لأنَّ الطَّلقة لا تتجزأ، فيكون ذكر البعض منها قائمًا مقام ذكر الكلّ.

٢- لو أنَّ شخصًا كفل نصف إنسانٍ كفالة نفسٍ؛ أي: كفالة إحضارٍ، بأن قال: (أنا أكفل نصفه)، فإنَّه يكون كفيلاً بهذا الشَّخص كلِّه؛ لأنَّ الإنسان لا يتجزأ، فيكون ذكر البعض منه قائمًا مقام ذكر الكلّ.

٣- لو عفا بعض أولياء الدَّم عن حقِّهم من القصَاص، فإنَّه يسقط القصَاص كلُّه؛ لأنَّ القصَاص حقٌّ لا يتجزأ، فيكون إسقاط بعضه كإسقاط كلِّه.

٤ علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا من مناهج إعمال الكلام، واجتناب إهماله؛ وذلك تنزيل بعض ما لا يتجزأ منزلة الكلّ، فيما يترتَّب عليه من أحكامٍ، يجعل للكلام ثمرةً، فيكون الكلام مُعمَلاً، ولو كان ذكر البعض لا يقوم مقام ذكر الكلّ هنا، لم يكن للكلام ثمرة، فيكون الكلام مُهمَلاً، وقد نصَّ القاعدة الكبرى على أنَّ إِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ.

٥ تنبيهان

أ

هذه القاعدة متعلِّقة بما لا يقبَل التَّجزئة، فيكون ذكر البعض فيها كذكر الكلّ، فيأخذ حكمه، أمَّا ما يقبَل التَّجزئة فلا تتعلَّق به هذه القاعدة، ويكون للبعض منه حكمٌ خاصٌّ، كما أنَّ للكلّ حُكمًا خاصًّا آخر.

مثاله: أو أنَّ إنسانًا كفل إنسانًا آخر، في نصف ما عليه من الدَّين، فإنَّ هذه الكفالة تصحّ، ويكون هذا الشَّخص كفيلاً بنصف المال، الذي على ذلك الشَّخص المكفول؛ لأنَّ المال ممَّا يقبُل التَّجزئة، فيكون للبعض منه حكمٌ، كما أنَّ للكلّ

ب

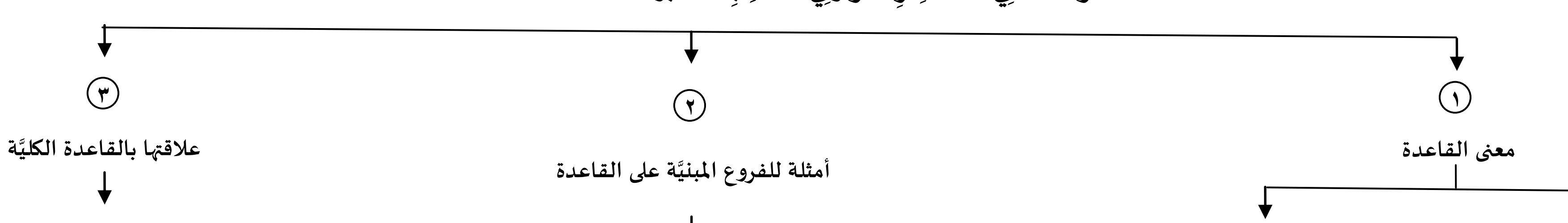
هذه القاعدة تتحدث عن الجزء -أي: البعض-، وقد ذكر بعض العلماء أنَّ الجزء لا يزيد على الكلّ في الحكم إلا في مسائل قليلة، منها:

١- لو أنَّ رجلاً قال لزوجته: (أنتِ عليَّ كظهر أمي)، فإنَّ هذا يكون صريحًا في الظِّهار، ولو قال: (أنتِ عليَّ كأمي)، لم يكن هذا صريحًا، بل هو كناية عن الاحترام مثلاً، ولا يقع ظهارًا إلا إذا نواه.

٢- أنَّ بعرة البعير اليابسة -عند من يرى أنَّ فضلة البعير نجسةٌ- يُعَدُّ الجزء منها سببًا في تنجيس الماء، والبعرة الكاملة لا تُنجِّسه. [وذلك لأنَّ للبعرة الكاملة من الصلابة، ما يمنع من اختلاط شيء من أجزائها بالماء، بخلاف جزئها المنكسر منها].

٥

الْوَصْفُ فِي الْحَاضِرِ لَغْوٌ وَفِي الْغَائِبِ مُعْتَبَرٌ



١ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الْوَصْفُ: الحالة القائمة بذات الموصوف.

الْحَاضِرِ: الموجود في المجلس مع إمكان الإشارة إليه.

لَغْو: الباطل المضمحلّ الذي لا يُبنَى عليه حكمٌ، ولا يُلتَفت إليه.

الْغَائِبِ: غير الموجود في المجلس، أو هو: موجودٌ ولكن لا يُمكِن الإشارة إليه؛ إمَّا لعدم رؤيته، كما في حال الظّلام، أو لا فائدة من الإشارة إليه، لكون المقصود بمنفعةِ الإشارة أعمى، أو نحوه.

مُعْتَبَرٌ: أي: مُعتَدٌّ به، ويُبنَى عليه الحكم.

المعنى الإجمالي

هذه القاعدة تتعلَّق في أغلب أحوالها بالعقود، لذلك يكون معناها: أنَّ المعقود عليه؛

إمَّا أن يكون حاضرًا في مجلس العقد، ومشارًا إليه.

وإمَّا أن يكون غائبًا، أو في حكم الغائب.

فإن كان حاضرًا ووُصِف بوصفٍ ما؛ فإنَّ الوصف في هذه الحالة غير مُلتَفَتٍ إليه، ولا أثر له في الحكم، والمعتَبَرُ هنا هو التَّعيّين بالإشارة؛ لأنَّها أبلغ.

وأمَّا إن كان المعقود عليه غائبًا، أو في حكمه؛ فإنَّ الوصف في هذه الحالة مُعتَبَرٌ، أي: أنَّ له أثرٌ في صحة العقد وبطلانه، فإن وافقَ العقدَ الواقعَ صحَّ العقد، وإن خالفه لم يصحّ.

٢ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

الفروع الفقهيَّة المبنيَّة على هذه القاعدة، يُمكن ذكرها من خلال ذكر حالات هذه القاعدة؛ وهي لا تخلو من حالتين:

الحالة الأولى: إِلْغَاءُ الْوَصْفِ فِي الْحَاضِرِ

لو كان عند شخصٍ سيارة سوداء اللون، حاضرة في مجلس العقد، وأراد بيعها، فقال للمُشتَري: (بعتك سيارتي هذه الخضراء اللون)، فإنَّ العقد يصحُّ على السّيارة السّوداء؛ بناءً على الإشارة، فإنَّ السَّيارة في هذه الحالة حاضرةٌ، وقد وصفها مالكها بأنَّها خضراء، والوصف في الحاضر لغوٌ، فيلغو في وصفها بأنَّها خضراء، ويصحُّ العقد على السّيارة السّوداء.

الحالة الثَّانية: اعْتِبَارُ الْوَصْفِ فِي الْغَائِبِ

لو كان عند شخصٍ سيارة، وهي غائبة عن مجلس العقد، أو في حكم الغائبة، وأراد بيعها، فقال للمشتري: (بعتك سيارتي السَّوداء اللون)، فإنَّنا ننظر: إن طابق الوصف الواقع صحَّ العقد، وإن خالفه لم يصحّ، إلا إذا رضيَ المشتري باختلاف الوصف؛ لأنَّ الوصف في الغائب مُعتَبَر.

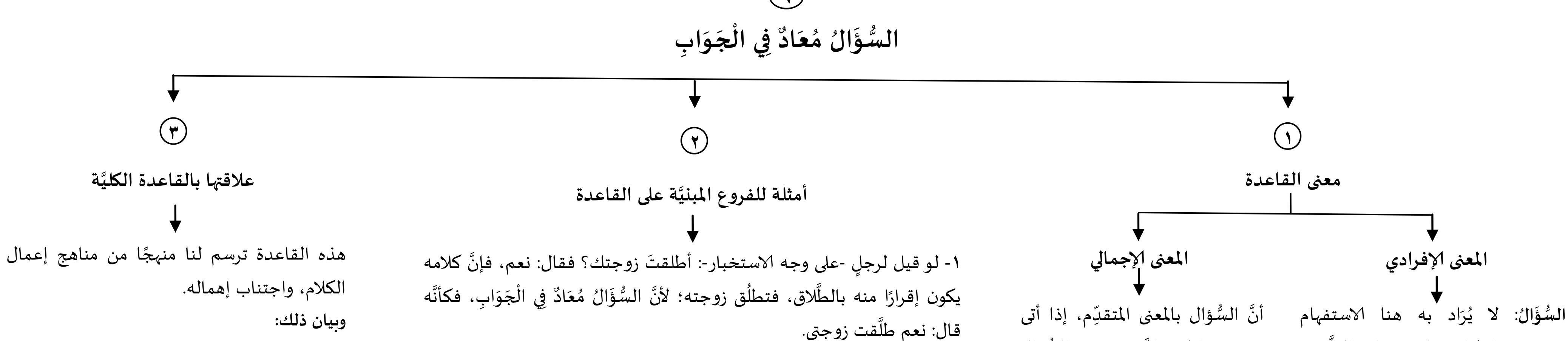
٣ علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا من مناهج إعمال الكلام، واجتناب إهماله؛ وذلك أنَّ إلغاء الوصف في الحاضر، واعتباره في الغائب، ممَّا يؤدِّي إلى إعمال الكلام واجتناب إهماله.

وبيان ذلك:

أنَّ إلغاء الوصف في الحاضر لو اعتُبِر، ثمَّ إنَّه لم يوافق الواقع، فإنَّ العقد لا يصحُّ، ويكون الكلام مُهمَلاً، ولذلك يكون إلغاء الوصف في الحاضر، مؤدّيًا إلى صحَّة العقد، وفي ذلك إعمالٌ للكلام.

وأمَّا الغائب فهو لا يُعلَم إلا بالوصف، فلو أنَّه لم يُعتَبَر الوصف، فإنَّ الموصوف -الذي هو المعقود عليه- لا يُعلَم، وهذا يؤدِّي إلى عدم صحَّة العقد، فيكون الكلام مُهمَلاً. ولذلك يكون اعتبار الوصف في الحاضر، مؤدّيًا إلى العلم بالمعقود عليه، فيصحُّ العقد، ويكون الكلام مُعمَلاً.



(٦) السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَابِ

(١) معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

السُّؤَالُ: لا يُرَاد به هنا الاستفهام فحسب، بل يُرَاد به الاستفهام والطَّلب.

المعنى الإجمالي

أنَّ السُّؤال بالمعنى المتقدِّم، إذا أتى بعده جوابٌ، فإنَّ مضمون السُّؤال يكون مُكرَّرًا في الجواب.

(٢) أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو قيل لرجلٍ -على وجه الاستخبار-: أطلقتَ زوجتك؟ فقال: نعم، فإنَّ كلامه يكون إقرارًا منه بالطَّلاق، فتطلُق زوجته؛ لأنَّ السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَابِ، فكأنَّه قال: نعم طلَّقت زوجتي.

والسُّؤال في هذا المثال: استفهام.

٢- لو قال شخصٌ لبائع الكتب: (بعني هذا الكتاب بعشرة ريالات)، فقال البائع: (بعتك). فإنَّ البيع ينعقد بعشرة ريالات؛ لأنَّ السُّؤَالُ مُعَادٌ فِي الْجَوَابِ، فكأنَّه قال: بعتك هذا الكتاب بعشرة ريالات.

والسُّؤال في هذا المثال: طلب.

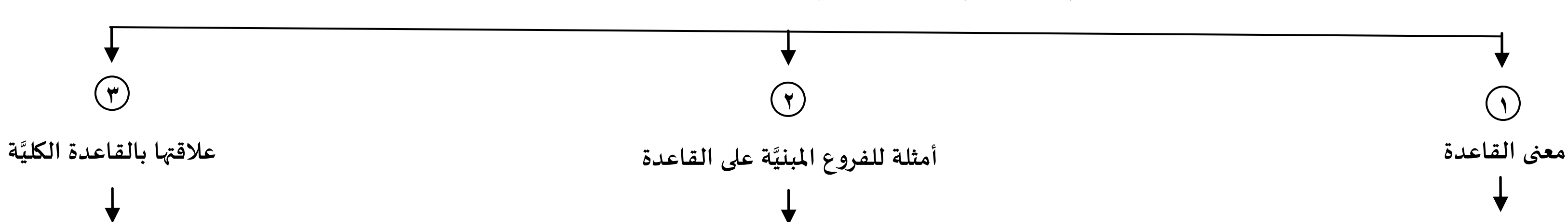
(٣) علاقتها بالقاعدة الكليَّة

هذه القاعدة ترسم لنا منهجًا من مناهج إعمال الكلام، واجتناب إهماله.

وبيان ذلك:

أنَّ الجواب لو اعتُبِر بمفرده لم يكن للكلام فائدة، فيكون الكلام مُهمَلاً، فإذا أُعيد السُّؤَالُ فِي الْجَوَابِ، كان للكلام فائدة، فيكون الكلام مُعمَلاً، وَإِعْمَالُ الْكَلَامِ أَوْلَى مِنْ إِهْمَالِهِ.

⑦ إِذَا تَعَذَّرَ إِعْمَالُ الْكَلَامِ يُهْمَلُ



① معنى القاعدة

أنَّه إذا استحال حمل الكلام على معنًى صحيحٍ حقيقيٍّ، أو مجازيٍّ، فإنَّ الكلام حينئذٍ يُعَدُّ لغوًا، فلا يُعتدُّ به، ولا يُلتفت إليه، ولا يُبنَى عليه حكمٌ.

② أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

الفروع الفقهيَّة المبنيَّة على هذه القاعدة، يُمكن ذكرها من خلال ذكر أسباب تعذُّر إعْمِالِ الْكَلَامِ، التي هي أسباب لإهماله، وهي ترجع في جملتها إلى تعذُّر حمل الكلام على معنًى صحيحٍ حقيقيٍّ، أو مجازيٍّ؛ وهذه الأسباب أهمها سببان:

السَّبب الأوَّل

معارضة الكلام لواقع الأمر، وظاهر الحال

مثاله: لو أنَّ شخصًا أقرَّ أنَّه قطع يد شخص آخر، فلمَّا نظرنا وجدنا أنَّ يد ذلك الشَّخص سليمةٌ، فإنَّ هذا الإقرار لا يصحُّ، فيُعدُّ لغوًا، ولا يُبنَى عليه حكم شرعيٌّ؛ لمعارضة هذا الكلام للواقع، وظاهر الحال، فيُهمَل هذا الكلام؛ لتعذُّر إعماله حقيقةً أو مجازًا.

السَّبب الثَّاني

أن يكون اللفظ مشتركًا بين معنيين، ولا مُرجِّح لأحدهما على الآخر

مثاله: لو أنَّ شخصًا كفل شخصًا آخر، ولم يُبيِّن نوع الكفالة: هل هي كفالة نفسٍ -أي: إحضار-، أو كفالة مال -أي: غرمٍ وأداء-؟

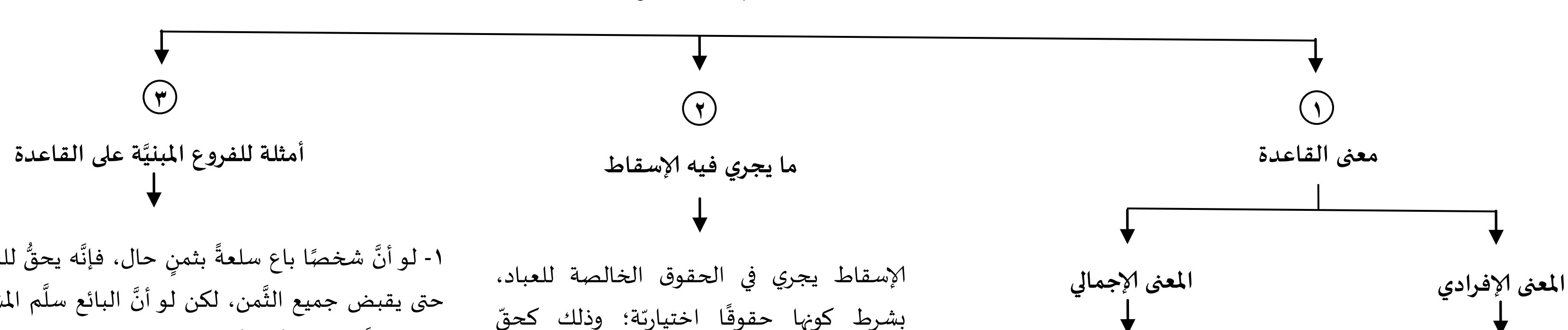
فإنَّ هذه الكفالة لا تصحُّ، ويُهمَل هذا الكلام؛ لأنَّ لفظ (الكفالة) مُشترَك بين معنيين، ولا مُرجِّح لأحدهما على الآخر، فيتعذَّر إعمال الكلام حقيقةً أو مجازًا.

③ علاقتها بالقاعدة الكليَّة

أنَّ القاعدة الكليَّة مقيَّدةٌ بما إذا كان الإعمال مُمكِنًا، والمفهوم المخالف لذلك: أنَّ الإعمال إذا كان غير مُمكِن، فإنَّ الكلام يُهمَل، وهذا ما أفادته قاعدتنا هذه.

القاعدة الكليَّة الرَّابعة عشرة

السَّاقِطُ لَا يَعُودُ



المعنى الإفرادي

السَّاقِط: هو صفة لموصوفٍ محذوف تقديره: الحكم أو التَّصرُّف التي تمَّ.

وإسقاطه يكون: إمَّا بإسقاط المكلَّف، وإمَّا بالإسقاط الشَّرعيّ.

لَا يَعُودُ: يراد به: أنَّه يُصبح كالمعدوم الذي لا سبيل إلى إعادته، ولذلك عبَّر بعضهم عن القاعدة بقوله: (السَّاقِطُ لَا يَعُودُ، كَمَا أَنَّ الْمَعْدُومَ لَا يَعُودُ).

المعنى الإجمالي

أنَّه إذا سقط حقٌّ بإسقاط صاحبه له صراحة أو دلالةً، أو بإسقاط الشَّرع له، فإنَّه يُصبح كالمعدوم، فلا يُتَمَكَّنُ من إرجاعه.

ما يجري فيه الإسقاط

الإسقاط يجري في الحقوق الخالصة للعباد، بشرط كونها حقوقًا اختياريّة؛ وذلك كحقِّ الخيار، وحقِّ الشُّفعة، وحقِّ الدَّعوى، ونحوها.

ومعنى هذا أنَّ الإسقاط لا يجري فيما يأتي:

١- الأعيان؛ لأنَّه لا يُتصوَّر إسقاطها.

٢- الحقوق التي تنتقل جبرًا إلى العبد؛ كحقِّ الإرث.

٣- الحقوق الخالصة لله تعالى؛ لأنَّها لا تقبل الإسقاط من العبد؛ وذلك كالحقِّ في حدِّ الزِّنا، وحدِّ السَّرقة، ونحوها، فهذه لا تقبل الإسقاط بعفو ولي المزني بها، ولا بعفو صاحب المال.

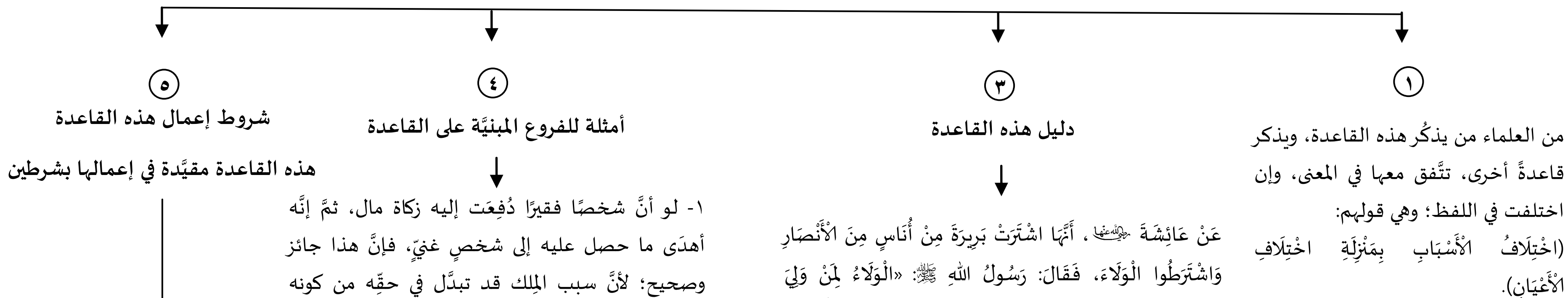
أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا باع سلعةً بثمنٍ حال، فإنَّه يحقُّ للبائع حبس المبيع حتى يقبض جميع الثَّمن، لكن لو أنَّ البائع سلَّم المشتري المبيع قبل قبض الثَّمن، ثمَّ أراد أن يستردَّ المبيع ليحبسه عنده حتى يقبض الثَّمن، فإنَّه لا يحقُّ له ذلك؛ لأنَّه قد أسقط حقَّه في الحبس، بتسليم المبيع إلى المشتري، وَالسَّاقِطُ لَا يَعُودُ.

٢- لو أنَّ الشَّفيع قد أسقط حقَّه في الشُّفعة، فإنَّه ليس له الحقّ في المطالبة بها بعد ذلك؛ لأنَّه قد أسقط حقَّه فيها، وَالسَّاقِطُ لَا يَعُودُ.

القاعدة الكليَّة الخامسة عشرة

تَبَدُّلُ سَبَبِ الْمِلْكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ



١

من العلماء من يذكُر هذه القاعدة، ويذكر قاعدةً أخرى، تتَّفق معها في المعنى، وإن اختلفت في اللفظ؛ وهي قولهم: (اخْتِلَافُ الْأَسْبَابِ بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ).

فقولهم: (اخْتِلَافُ الْأَسْبَابِ) بمعنى: (تَبَدُّلُ سَبَبِ الْمِلْكِ).

وقولهم: (بِمَنْزِلَةِ اخْتِلَافِ الْأَعْيَانِ) بمعنى (قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ).

٢

معنى القاعدة

أنَّ تغيُّر سبب تملُّك الإنسان لشيء، يُنزَّل منزلة تغيُّر ذات ذلك الشَّيء؛ فتُعطَى ذات الشَّيء حكمًا غير حكمها الثَّابت لها أولاً.

٣

دليل هذه القاعدة

عَنْ عَائِشَةَ ﵂، أَنَّهَا اشْتَرَتْ بَرِيرَةَ مِنْ أُنَاسٍ مِنَ الْأَنْصَارِ وَاشْتَرَطُوا الْوَلَاءَ، فَقَالَ: رَسُولُ اللهِ ﷺ: «الْوَلَاءُ لِمَنْ وَلِيَ النِّعْمَةَ»، وَخَيَّرَهَا رَسُولُ اللهِ ﷺ وَكَانَ زَوْجُهَا عَبْدًا، وَأَهْدَتْ لِعَائِشَةَ لَحْمًا، فَقَالَ رَسُولُ اللهِ ﷺ: «لَوْ صَنَعْتُمْ لَنَا مِنْ هَذَا اللَّحْمِ»، قَالَتْ عَائِشَةُ: تُصُدِّقَ بِهِ عَلَى بَرِيرَةَ، فَقَالَ: «هُوَ لَهَا صَدَقَةٌ وَلَنَا هَدِيَّةٌ» أخرجه البخاري ومسلم واللفظ لمسلم.

وجه الاستدلال: أنَّ من المعلوم أنَّ النَّبيَّ ﷺ تحرُمُ عليه الصَّدقة، واللحم الذي تُصدِّق به على بريرة يم تتغيَّر ذاته، لكنَّ النَّبيَّ أقام تبدُّل سبب الملك من الصَّدقة إلى الهدية، مقام تبدُّل ذات اللحم.

٤

أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا فقيرًا دُفِعَت إليه زكاة مال، ثمَّ إنَّه أهدَى ما حصل عليه إلى شخصٍ غنيٍّ، فإنَّ هذا جائز وصحيح؛ لأنَّ سبب الملك قد تبدَّل في حقِّه من كونه زكاة إلى أن صار هديَّة، وَتَبَدُّلُ سَبَبِ الْمِلْكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ.

٢- لو أنَّ شخصًا تصدَّق على قريبٍ له، أو أعطاه زكاة ماله، ثمَّ إنَّ المتصدَّق عليه مات بعد ذلك، وعاد المال إلى الشَّخص المتصدِّق، فإنَّه يملكه، وإن كان هو عين ما بذله أو دفعه؛ لأنَّ سبب الملك قد تبدَّل في حقِّه، وَتَبَدُّلُ سَبَبِ الْمِلْكِ قَائِمٌ مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ.

٥

شروط إعمال هذه القاعدة

هذه القاعدة مقيَّدة في إعمالها بشرطين

أ

أن لا يحصُل المقصود مع اختلاف الأسباب؛ لأنَّه حصل المقصود لم يعدُ لاختلاف الأسباب أثرٌ، حتى يُنزَّل اختلافها منزلة اختلاف الأعيان، ويحدث عدم حصول المقصود عندما يتغيَّر العاقدان للأسباب المختلفة، فإنَّ اختلاف الأسباب لا يُنزَّل منزلة اختلاف الأعيان، ولا يُبَالَى باختلاف الأسباب بعد ذلك، ولذلك ذكر بعض العلماء، قاعدة تُفيد هذا القيد، وهو قوله: (لَا يُبَالَى بِاخْتِلَافِ الْأَسْبَابِ عِنْدَ سَلَامَةِ الْمَقْصُودِ).

مثاله: لو أنَّ قبضت نصف مهرها، فوهبت هذا النِّصف مع النِّصف الذي لم تقبضه بعدُ إلى زوجها، ثمَّ إنَّ زوجها طلَّقها قبل الدُّخول، فإنَّ الأصل أن يستردَّ الزَّوج نصف ما دفعه لزوجته؛ لكونه طلَّقها قبل الدُّخول مع فرض المهر، ولكنه هنا لا يرجع عليها بشيء؛ لأنَّ المقصود هنا قد حصل بارسترجاعه بطريق الهبة، فإنَّه قد سلم للزَّوج عين ما دفعه.

ولا يُقال: إنَّ اختلاف سبب استحقاق هذا المال من كونه طلاقًا قبل الدُّخول، إلى أن يكون هبةً يُنزَّل منزلة اختلاف الأعيان؛ لأنَّه قد حصل المقصود مع عدم تغيّر العاقدين للأسباب المختلفة.

ب

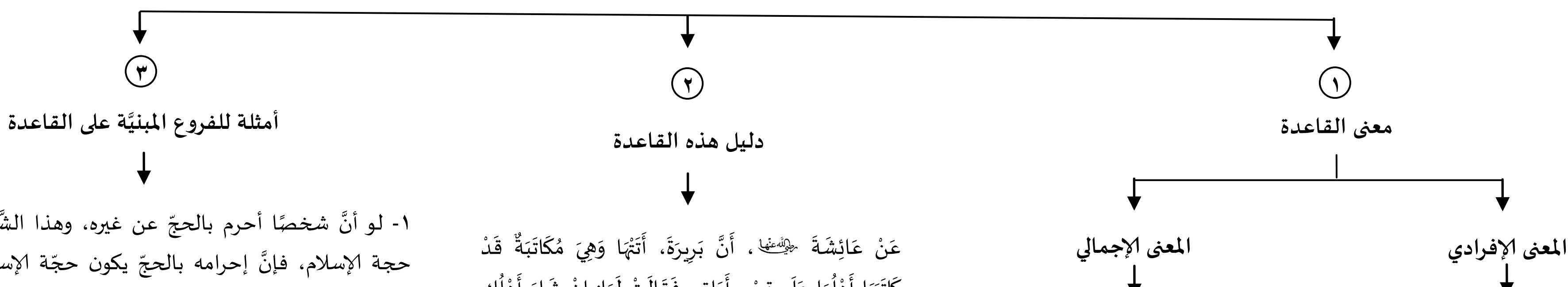
أن يكون السبب المتبدل مشروعًا في الأصل، ومعنى هذا أنَّه لو لم يكن السبب مشروعًا، ثمَّ تبدَّل إلى سبب مشروع، فإنَّ تبدُّلَه لا يكون قائمًا مَقَامَ تَبَدُّلِ الذَّاتِ، **ومن أمثلة هذا:**

١- لو أنَّ شخصًا سرق مال شخصٍ آخر، ثمَّ وهبه أو باعه لشخصٍ آخر، فإنَّ تبدُّل السَّبب هنا من كونه سرقةً، إلى كونه هبةً أو بيعًا، لا يقوم مَقَامَ تَبَدُّلِ ذاتِ الشَّيء، بل يَبقَى موصوفًا بأنَّ مسروق.

٢- لو أنَّ شخصًا نسخ برامج الحاسب الآلي بدون إذن منتجها، ثمَّ باعها على النَّاس، فإنَّ تبدُّل السَّبب هنا من كونه نسخًا بدون إذنٍ، إلى كونه بيعًا، لا يقوم مَقَامَ تَبَدُّلِ ذاتِ الشَّيء، بل يَبقَى البرنامج موصوفًا بأنَّه منسوخٌ بدون إذن منتجه.

القاعدة الكليَّة السَّادسة عشرة

مَا ثَبَتَ بِالشَّرْعِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا ثَبَتَ بِالشَّرْطِ



١ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الشَّرط: المراد به هنا: ما يشترطه الإنسان على نفسه، أو يشترطه عليه غيره.

المعنى الإجمالي

أنَّه إذا ثبت أمرٌ من الأمور بطريق الشَّرع، واشترط الإنسان أمرًا آخر، يُنافي مُقتضَى ما ثبت بالشَّرع، فإنَّ المُعتبَر والمُقدَّم هو ما ثبت في الشَّرع.

٢ دليل هذه القاعدة

عَنْ عَائِشَةَ ﵂، أَنَّ بَرِيرَةَ، أَتَتْهَا وَهِيَ مُكَاتَبَةٌ قَدْ كَاتَبَهَا أَهْلُهَا عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ، فَقَالَتْ لَهَا: إِنْ شَاءَ أَهْلُكِ عَدَدْتُهَا لَهُمْ عَدَّةً وَاحِدَةً، وَكَانَ الْوَلَاءُ لِي، فَأَتَتْ أَهْلَهَا فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُمْ، فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطُوا الْوَلَاءَ لَهُمْ، قَالَ: فَذَكَرَتْهُ عَائِشَةُ ﵂ لِلنَّبِيِّ ﷺ، فَقَالَ: «افْعَلِي»، فَفَعَلَتْ فَقَامَ النَّبِيُّ ﷺ، فَخَطَبَ النَّاسَ فَحَمِدَ اللهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ، ثُمَّ قَالَ: «مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللهِ»، قَالَ: «**كُلُّ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ**، كِتَابُ اللهِ أَحَقُّ، وَشَرْطُهُ أَوْثَقُ، وَالْوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ» أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه.

وجه الاستدلال: أنَّه دلَّ على أنَّ الشَّرط الذي يتضمَّن مخالفة مقتضَى ما ورد في الكتاب والسُّنَّة، فهو شرط غير مُعتَدٍّ به، فيكون الاعتداد حينئذٍ بما ثبت في الشَّرع.

ويؤيِّد هذا ما جاء في سبب ورود هذا الحديث، وذلك أنَّ عائشة ﵂ لما اشترت بريرة من مواليها، اشترطوا أن يكون ولاؤها لهم، فأخبرت عائشة ﵂ النَّبيَّ ﷺ بذلك، فقال هذا.

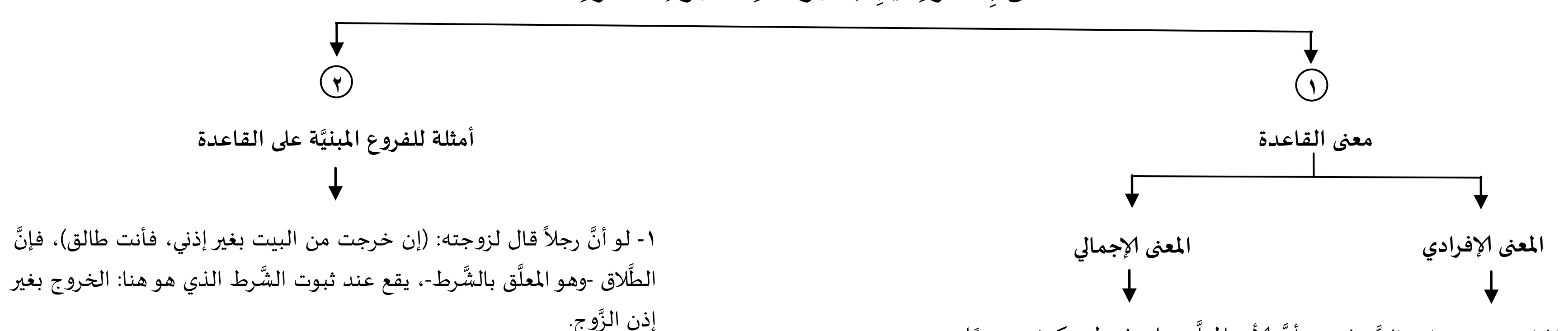
٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

١- لو أنَّ شخصًا أحرم بالحجّ عن غيره، وهذا الشَّخص لم يحجَّ حجة الإسلام، فإنَّ إحرامه بالحجّ يكون حجّة الإسلام؛ لأنَّ حجّة الإسلام ثابتةٌ بالشَّرع، وحجّه عن غيره ثابتٌ بالشَّرط، وَمَا ثَبَتَ بِالشَّرْعِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا ثَبَتَ بِالشَّرْطِ.

٢- لو أنَّ المرأة اشترطت على زوجها حين العقد، أن لا يسافر معها إذا سافرت، فإنَّ هذا الشَّرط لغوٌ، ولا يُعتبَر؛ لأنَّه قد ثبت في الشَّرع تحريم سفر المرأة بدون محرَم، فإذا لم يكن إلا الزَّوج محرَمًا لها في السَّفر، تعيَّن سفره معها؛ لأنَّ عدم سفره معها قد ثبت بالشَّرط، وَمَا ثَبَتَ بِالشَّرْعِ مُقَدَّمٌ عَلَى مَا ثَبَتَ بِالشَّرْطِ.

القاعدة الكليَّة السَّابعة عشرة

الْمُعَلَّقُ بِالشَّرْطِ يَجِبُ ثُبُوتُهُ عِنْدَ ثُبُوتِ الشَّرْطِ



الشَّرط: المراد به هنا: الشَّرط التَّعليقيّ، وهو: الشَّرط الذي رُبِطَ حصول الحكم بحصوله وتحقُّقه.

أنَّ الأمر المعلَّق على شرطٍ، يكون معدومًا قبل حصول شرطه وثبوته، ويكون محكومًا بتحقُّقه عند تحقُّق شرطه

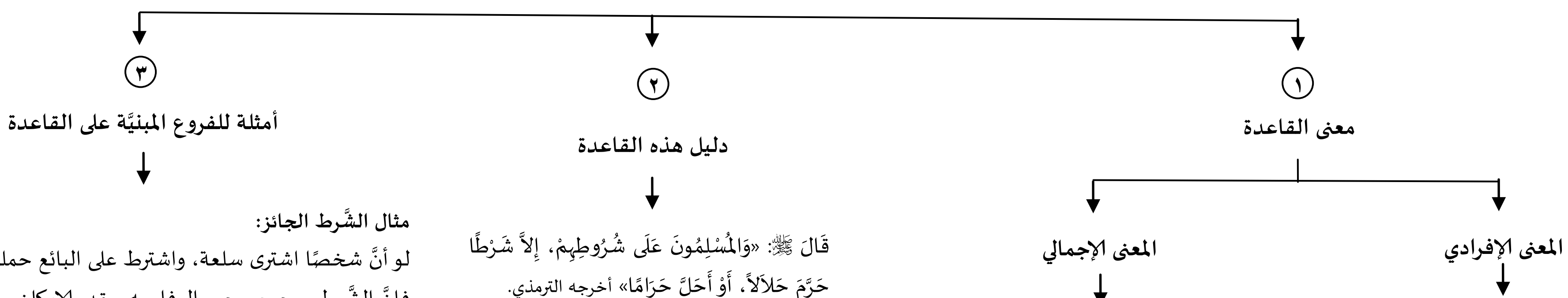
١- لو أنَّ رجلاً قال لزوجته: (إن خرجت من البيت بغير إذني، فأنت طالق)، فإنَّ الطَّلاق -وهو المعلَّق بالشَّرط-، يقع عند ثبوت الشَّرط الذي هو هنا: الخروج بغير إذن الزَّوج.

فالحاصل: أنَّ هذه المرأة إذا لم تخرج لم يقع الطَّلاق، وإن خرجت بدون إذن زوجها طلُقت.

٢- لو قال المكفول له للكفيل: (إذا أدَّى فلانٌ نصف ما عليه من الدَّين، فقد أبرأتك من الكفالة)، فإنَّ الإبراء من الكفالة -وهو المعلَّق بالشَّرط-، يحصل عند ثبوت الشَّرط الذي هو هنا: أداء المكفول نصف ما عليه من الدَّين، ويبرأ من الكفالة إذا أدَّى المكفول نصف ما عليه من الدَّين.

القاعدة الكليَّة الثَّامنة عشرة

يَلْزَمُ مُرَاعَاةُ الشَّرْطِ بِقَدْرِ الإِمْكَانِ



١ معنى القاعدة

المعنى الإفرادي

الشَّرط: المراد به هنا: الشَّرط التَّقيّيديّ، وهو: التزام أمر لم يوجد في أمرٍ قد وُجِدَ بصيغة مخصوصة.

بِقَدْرِ الإِمْكَانِ: المراد به: ما تسمح به قواعد الشَّريعة في نظام العقود، بحيث لا يترتَّب على الشَّرط مخالفة هذه القواعد.

المعنى الإجمالي

أنَّه يجب الوفاء بالشُّروط، بالقدر الذي تسمح به قواعد الشَّريعة؛ وذلك أنَّه إذا كان الشَّرط جائزًا، لزم الوفاء به، وهو ما تتعلَّق به هذه القاعدة.

وأمَّا إذا كان الشَّرط فاسدًا، لم يلزم الوفاء، ويكون سببًا في فساد العقد.

وإن كان الشَّرط لغوًا، لم يلزم الوفاء به، ويصحُّ العقد.

٢ دليل هذه القاعدة

قَالَ ﷺ: «وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلاَّ شَرْطًا حَرَّمَ حَلاَلاً، أَوْ أَحَلَّ حَرَامًا» أخرجه الترمذي.

وجه الاستدلال: أنَّ النَّبيَّ ﷺ بيَّن أنَّه يلزم الوفاء بالشَّرط الذي يشترطه المسلم في أمرٍ من أموره، إلا ما كان مُخالفًا لنصوص الشَّرع.

٣ أمثلة للفروع المبنيَّة على القاعدة

مثال الشَّرط الجائز:

لو أنَّ شخصًا اشترى سلعة، واشترط على البائع حملها أو تركيبها.

فإنَّ الشَّرط صحيح، يجب الوفاء به، بقدر الإمكان.

مثال الشَّرط الفاسد:

لو أنَّ شخصًا باع سلعة، واشترط على المشتري أن يبيعه سلعةً أخرى.

فإنَّ هذا الشَّرط فاسدٌ، وهو مُفسِدٌ للعقد؛ لأنَّه من قبيل بيعتين في بيعةٍ، وذلك أمرٌ مُحرَّم.

مثال الشَّرط اللغو:

لو أنَّ شخصًا باع سلعة، واشترط على المشتري أن لا يتصرَّف فيها.

فالشَّرط لغوٌ، ولا يلزم الوفاء به، والعقد صحيح هنا.